

LUZARDO FARIA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PREVENTIVA:
A prevenção de danos através de uma aplicação da
tutela contra o ilícito no Direito Administrativo**

**CURITIBA
2016**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PREVENTIVA:
A prevenção de danos através de uma aplicação da
tutela contra o ilícito no Direito Administrativo**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

LUZARDO FARIA

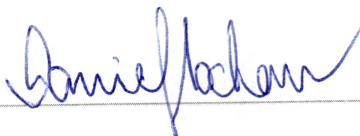
**CURITIBA
2016**

TERMO DE APROVAÇÃO

LUZARDO FARIA

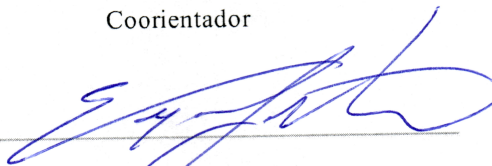
**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PREVENTIVA: A
prevenção de danos através de uma aplicação da tutela contra o
ilícito no Direito Administrativo**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de
Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de
Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte
banca examinadora:



DANIEL WUNDER HACHEM
Orientador

Coorientador



EMERSON GABARDO - *Direito Público*
Primeiro Membro



ADRIANA RICARDO SCHIER
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Agradecer é sempre uma tarefa difícil. Agradecer por um trabalho como esse, que é o resultado de um processo de formação iniciado tantos anos atrás é ainda mais. Tantas pessoas são merecedoras de agradecimentos que se torna impossível nomeá-las todas. Agradeço, portanto, de modo geral, a meus irmãos, tios, primos e amigos que me acompanharam durante toda essa trajetória acadêmica, cujo sucesso foi obtido, muitas vezes, à custa de momentâneos afastamentos dessas pessoas queridas. Mesmo que não diretamente relacionados ao meu cotidiano na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, sem seu apoio e amizade o encerramento desse ciclo definitivamente não seria possível.

Ainda no campo familiar, um agradecimento especial é devido aos meus pais, Marcele do Rocio Ristow Faria e Enéas Eugênio Pereira Faria (*in memoriam*), a quem devo todas as minhas conquistas, por terem sido, cada qual à sua maneira, respectivamente, a base que me sustentou e a luz que me guiou por todo esse caminho que hoje chega ao fim.

À Cecília Troib, por ter me acompanhado carinhosamente durante todo esse período, fazendo – talvez mesmo sem saber – com que os obstáculos encontrados no caminho fossem mais fáceis de serem superados e com que as conquistas obtidas fossem melhores de serem comemoradas.

Ao Partido Democrático Universitário, por ter me possibilitado as melhores experiências que vivenciei durante a graduação e, acima de tudo, por ter me ensinado – muitas vezes, duramente – o valor imensurável dos benefícios que apenas a democracia e a pluralidade podem trazer. Por isso e por tantas outras lições, serei eternamente grato.

À gestão “Amanhã Há de Ser Outro Dia”, que estive à frente do Centro Acadêmico Hugo Simas em 2014/2015, da qual tive a honra de ser Secretário. A todos os colegas que ajudaram a realizar essa gestão com o sucesso que nos foi reconhecido, só tenho a agradecer por terem me possibilitado lutar por um ambiente acadêmico melhor e vivenciar os meus melhores dias da graduação.

Aos “Pensadores” Bruno Bianchi, Guilherme Charles, João Pedro Nascimento, João Ricardo Camargo, Leonardo Rosenberg, Matheus Ziccareli, Paulo Liebl, Pedro Wambier,

Renan Coletti e Tiago Coelho, por terem formado o melhor grupo de amigos que eu poderia imaginar fazer parte durante a Faculdade.

Ao Daniel Wunder Hachem, professor, orientador, chefe e amigo, que, já no meu primeiro ano de Faculdade, foi o principal responsável pela minha paixão pelo Direito Público, assim como, no decorrer do curso, também foi o responsável pelas minhas aventuras na pesquisa, pela minha iniciação na docência, pela opção por ser advogado e por tantas outras decisões que tomei. Seriam necessárias muitas páginas para agradecer a figura que mais deu forma à minha graduação. Limito-me, portanto, a registrar que reconheço o valor da oportunidade que tive de estar ao lado de um dos maiores nomes do futuro do Direito Administrativo brasileiro, na espera de tantas outras lições que certamente ainda virão.

Ao Professor Emerson Gabardo, exemplo de pesquisador e de advogado, com quem pude aprender que essas atividades devem sempre ser realizadas com dedicação, seriedade e ética. As lições por ele me repassadas enquanto seu aluno, monitor e estagiário foram essenciais para a formação da minha personalidade acadêmica e profissional.

Ao NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais, na pessoa de sua vice-líder, minha Professora de Direito Constitucional A, Eneida Desiree Salgado, por ter me possibilitado um crescimento acadêmico enorme e por ter me mostrado a importância da pesquisa científica de qualidade.

A todos do Bacellar & Andrade Advogados Associados, muito mais do que um excelente escritório de advocacia, uma local de aprendizado profissional, acadêmico e pessoal diário, na pessoa de Felipe Klein Gussoli, por todas as lições cotidianas.

A todos os professores e servidores técnico-administrativos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, por terem se esforçado tanto – e, na maioria das vezes, sem o devido reconhecimento – para que todo esse processo de formação fosse possível, na pessoa de sua estrela-maior, Jane do Rocio Kiatkoski Schünemann, “Santa dos Andradianos Desesperados”.

Por fim, mas com a maior importância, a todos os contribuintes brasileiros que custeiam com afincos desumanos a educação superior pública nesse país, na esperança de um dia poder retribuí-los pela extraordinária oportunidade que me concederam.

RESUMO

O dano sempre foi considerado um elemento essencial da responsabilidade civil do Estado. Por mais que tal instituto tenha evoluído – e muito – desde sua concepção inicial na França do século XIX, nunca se considerou que o Poder Público poderia ser civilmente responsabilizado se não tivesse causado dano a alguém. É verdade que nos últimos tempos tem-se internalizado uma função preventiva na responsabilidade civil, através, principalmente, do mecanismo dos *punitive damages*. No entanto, isso ainda é muito pouco efetivo, principalmente em relação ao Estado, que sente a coação dessas sanções como os particulares. O sistema de responsabilização civil do Estado meramente ressarcitório, entretanto, está fadado ao insucesso. Com (i) a insuficiência financeira do Poder Público, que inclusive se tenta usar como fator de exclusão da responsabilidade do Estado por omissão, (ii) o regime de pagamento das dívidas judiciais por precatórios, que faz as vítimas receberem as indenizações apenas muitos anos depois de terem sofrido o dano e (iii) a dificuldade de se ressarcir as violações causadas aos novos direitos (extrapatrimoniais e transindividuais) faz emergir a necessidade de um modelo de responsabilidade civil do Estado que seja essencialmente preventivo. O desenvolvimento dessa teoria já vem ocorrendo no Direito Civil e no Direito Ambiental, que reconheceram a necessidade de evolução do instituto da responsabilidade civil tradicional para adequá-lo à nova realidade social. O Direito Administrativo, portanto, também precisa seguir essa corrente – respeitadas, claro, suas condições especiais e específicas. O instrumento proposto para viabilizar essa responsabilização civil preventiva do Estado é a tutela contra o ilícito, prevista no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Através dela, pode-se impor à Administração Pública uma obrigação de fazer ou de não fazer, de modo a inibir a prática, repetição e continuação de um ilícito ou a remover seus feitos, fazendo, em última análise, que danos sejam evitados.

Palavras-chave: responsabilidade civil do Estado; responsabilidade civil preventiva; prevenção de danos; tutela contra o ilícito; tutela inibitória; tutela de remoção do ilícito.

ABSTRACT

Damage has always been considered an essential element of the civil liability of the State. Although that institute has evolved - and much - since its initial conception in nineteenth-century France, it has never been considered that the Public Power could be civilly liable if it had not caused any harm to anyone. It is true that in recent times a preventive function has been internalized in civil liability of the State, mainly through the mechanism of punitive damages. However, this is still very ineffective, especially in relation to the State, which does not feel the coercion of these sanctions as the individuals do. The merely compensatory system of civil liability of the State, however, is doomed to failure. With (i) the financial insufficiency of the Public Power, which is even tried to be used as a factor of exclusion of the State's omission responsibility, (ii) the system of payment of judicial debt through "*precatórios*", which make that the victims receive their indemnities only many years after having suffered the damage and (iii) the difficulty of reimbursing the violations caused to the new rights (extra-patrimonial and trans-individual), show that there is a need for an essentially preventive model of civil liability of the State. The development of this theory has already occurred in Civil Law and Environmental Law, which recognized the need of evolution of the traditional institute of civil liability to adapt it to the new social reality. Administrative Law, therefore, also needs to follow this trend - respecting, of course, its special and specific conditions. The proposed instruments to make this preventive civil responsibility of the State viable are the legal injunctions, provided by the art. 497, single paragraph, of the Civil Procedure Code. Through it, it is possible to impose on the Public Administration an obligation to do or not to do something in order to inhibit the practice, repetition and continuation of an illegal act or to remove its deeds and, thus, avoid the occurrence of some damages.

Key-words: civil liability of the State; preventive civil liability; damage prevention; legal injunctions.

“– Mais... c’est enorme, c’est une révolution... imaginer que la responsabilité puisse être non plus seulement ‘curative’, mais aussi ‘préventive’, qu’elle nous demande de réparer, d’indemniser, mais aussi de prévenir, d’anticiper.

*– Non pas une révolution, mais une évolution; une évolution profonde et nécessaire à la qualité de nos vies, au respect de notre environnement et de notre santé, à la survie de notre espèce et au bien-être de nos enfants et des générations à venir. Être responsable n’est-ce pas aussi se responsabiliser face au futur?”**

Catherine Thibierge

* “– Mas... é enorme, é uma revolução... imaginar que a responsabilidade possa ser não mais apenas 'curativa', mas também 'preventiva', que ela nos exija reparar, compensar, mas também prevenir, antecipar. – Não é uma revolução, mas uma evolução; uma evolução profunda e necessária à qualidade de nossas vidas, ao respeito pelo nosso meio ambiente e pela nossa saúde, à sobrevivência de nossa espécie e ao bem-estar dos nossos filhos e gerações futuras. Ser responsável não é também se responsabilizar face ao futuro?” THIBIERGE, Catherine. Libre propôs sur l’évotuiion du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité?). **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, vol. 89, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999. p. 562. Tradução livre.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – O ATUAL SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL	4
1.1. O regime jurídico da responsabilidade civil do Estado no Brasil e o dano como seu elemento (supostamente) essencial	5
1.2. A função preventiva da responsabilidade civil sob a óptica da Análise Econômica do Direito	15
1.3. A responsabilidade civil do Estado diante da confusão entre as categorias de antijuridicidade, dano e culpa	22
CAPÍTULO 2 – OS PROBLEMAS ADVINDOS DE UM SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO MERAMENTE RESSARCITÓRIO	35
2.1. As limitações financeiras do Estado e a reserva do possível como excludente de responsabilidade: o super-trunfo da defesa estatal.....	36
2.2. Regimes de precatórios no Brasil: a ineficiente execução da tutela ressarcitória na forma pecuniária em face da Fazenda Pública.....	52
2.3. A dificuldade de reparação de danos extrapatrimoniais: o ressarcimento pecuniário como meio inadequado de proteção dos direitos fundamentais e transindividuais	69
CAPÍTULO III – O DEVER DE PREVENÇÃO DE DANOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A TUTELA CONTRA O ILÍCITO COMO INSTRUMENTO PARA SUA REALIZAÇÃO.....	77
3.1. A teoria da responsabilidade civil preventiva: fundamentos e críticas.....	78
3.2. Administração Pública inclusiva e os interesses públicos na prevenção de danos	93
3.3. Tutela contra o ilícito: breves apontamentos sobre sua natureza jurídica e seu desenvolvimento no Direito Processual Civil	102
3.4. A tutela contra o ilícito e o Direito Administrativo: instrumento para a responsabilidade civil do Estado preventiva.....	112
CONCLUSÃO.....	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128

INTRODUÇÃO

Poucas coisas são tão certas no Direito como o fato de que o dano é um elemento essencial da responsabilidade civil. Não só porque sempre foi assim em toda a história desse instituto, mas também – e, talvez, principalmente – porque seria impossível imaginar uma separação entre essas duas categorias. Para o ideário tradicional, ser responsabilizado civilmente por algum fato é ser condenado ao pagamento de uma indenização pelo dano que causou a alguém.

Admitir algo em sentido contrário a isso seria tão improvável e absurdo como defender que alguém pode ser criminalmente condenado sem ter cometido um fato típico, antijurídico e culpável. Em razão disso, até pouco tempo atrás a doutrina nem chegava a discutir se o dano poderia ocupar outro espaço dentro da teoria da responsabilidade civil que não o de objeto de uma reparação.

Esse cenário começou a mudar alguns anos atrás, porém, quando os juristas se deram conta de que o modelo de ressarcimento de danos não era mais adequado à sociedade contemporânea. Atualmente, vive-se em um contexto histórico no qual todos estão constantemente expostos a riscos severos. No âmbito da responsabilidade civil do Estado esse já é reconhecido desde a metade do século XX, quando se desenvolveu a teoria do risco administrativo para fundamentar o modelo de responsabilização objetiva do Estado.

Além disso, os recentes avanços na doutrina jurídica fizeram com que fossem positivados nas Constituições mais recentes direitos que, diferentemente daqueles tutelados pelo ordenamento liberal e individualista do século XIX, possuem uma natureza jurídica mais complexa. Eles não são mais titularizados apenas por indivíduos solitariamente considerados, tampouco podem ser expressos com facilidade em termos monetários, dado que tratam de valores extrapatrimoniais. Em virtude disso, os danos causados a esses direitos também são essencialmente diversos daqueles que são tradicionalmente reparados através da responsabilidade civil.

Esses foram os primeiros sinais de que o modelo clássico de responsabilidade civil precisava ser revisto. Quando, entretanto, analisa-se o específico caso da responsabilidade civil do Estado, percebe-se ainda alguns outros sintomas do colapso desse sistema

tradicional. Veja-se, por exemplo, a imensa dificuldade material que o Poder Público tem de, em termos financeiros, dar conta de todas as suas atribuições e, ainda, a completa ineficiência do sistema de pagamento de dívidas judiciais através de precatórios, que faz com que as vítimas de danos causados pelo Estado sejam indenizadas apenas muitos anos após a ocorrência do evento lesivo.

Nesse sentido, apoiado nas mais modernas teorias que vêm sendo desenvolvidas no Direito Civil e no Direito Ambiental, bem como utilizando-se de instrumentos recentemente produzidos pelo Processo Civil, o objeto desse trabalho é averiguar a possibilidade de instituição de um modelo de responsabilização civil do Estado preventivo, através do manejo da tutela inibitória e da tutela de remoção do ilícito em face da Fazenda Pública.

A tradicional técnica de ressarcimento (em regra, pecuniário) do dano, por possuir apenas um escopo reparatório, não é capaz eliminar a antijuridicidade consumada com o evento lesivo, tampouco de impedir uma nova violação do Direito. Seu objetivo central é apenas a criação de uma nova situação que reequilibre a ordem jurídica conturbada pelo ato ilícito.¹ Isto é, fazendo com que o Estado indenize os cidadãos pelos danos que, por sua ação ou omissão, causar a eles, espera-se que as vítimas possam retornar ao *status quo ante* – como se, após o recebimento do valor indenizatório, o dano sequer tenha ocorrido. Com a tutela contra o ilícito, por outro lado, pretende-se conservar e proteger uma situação jurídica tutelada pelo ordenamento e, nesse passo, evitar que um dano seja produzido.

Que prevenir um dano é melhor do que repará-lo ninguém parece ser capaz de negar. No entanto, a despeito dessa simples constatação, se a teoria da responsabilidade civil preventiva encontra na doutrina não só elogios, mas também fortes críticas, é porque a necessidade de sua aplicação não é algo tão elementar assim.

Dessa forma, reconhecendo que a teoria da responsabilidade civil preventiva vem sendo desenvolvida com cada vez mais intensidade por especialistas de outras áreas do saber jurídico, deve-se também trazer o Direito Administrativo para essa discussão, de modo a verificar a viabilidade de aplicação desse instituto no âmbito do regime jurídico-administrativo.

¹ PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fato illecito**: inibitoria e risarcimento. Padova: CEDAM, 1998. p. 12.

No primeiro capítulo, portanto, será analisado o *atual sistema de responsabilidade civil do Estado no Brasil*, investigando: **(1.1.)** como o dano é considerado um elemento essencial desse instituto; **(1.2.)** como, apesar de se basear em um modelo substancialmente reparatório, a responsabilidade civil ao indenizar alguns danos também pretende, através da utilização dos *punitive damages*, iniciar uma internalização do dever de prevenção de danos; e, finalmente, **(1.3.)** como, embora sejam corriqueiramente consideradas em conjunto, as noções de responsabilidade, dano, ilicitude, dolo e culpa são diferentes e independentes entre si, o que abre ensejo à possibilidade de uma responsabilização sem dano (do mesmo modo que já ocorre hoje responsabilização sem ilicitude ou sem dolo e culpa).

Após o assentamento dessas premissas básicas, pretende-se analisar, no segundo capítulo, os *problemas advindos de um sistema de responsabilização civil meramente ressarcitório*, focando-se, principalmente, **(2.1.)** nas limitações financeiras do Estado e na utilização da teoria da reserva do possível como substrato para uma exclusão de alguns casos de responsabilidade civil do Estado por omissão; **(2.2.)** no caos instaurado no sistema brasileiro de precatórios, que, em razão do alto volume de decisões judiciais condenando o Poder Público ao pagamento de indenizações pecuniárias, expande-se exponencialmente; **(2.3.)** na dificuldade de se reparar, principalmente através do ressarcimento na forma pecuniária, os danos causados a direitos extrapatrimoniais e transindividuais.

Uma vez reconhecida a necessidade de adaptação do modelo de responsabilização civil do Estado às necessidades sociais contemporâneas, no terceiro capítulo será analisado o *dever de prevenção de danos pela Administração Pública*, demonstrando-se **(3.1.)** os fundamentos da teoria da responsabilidade civil preventiva e, também, **(3.2.)** como isso se adequa ao interesse público que deve ser perseguido no Estado Social de Direito. Por fim, **(3.3.)** serão estudados a natureza jurídica e o desenvolvimento teórico da tutela contra o ilícito no Direito Processual Civil, com o fito de **(3.4.)** demonstrar que ela pode ser utilizada como instrumento hábil à concretização da responsabilização civil preventiva do Estado.

CAPÍTULO 1 – O ATUAL SISTEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO BRASIL

A responsabilidade civil do Estado é um dos temas mais estudados de todo o Direito Administrativo. Muito já se escreveu sobre isso, tanto no Brasil, como no exterior, sobre as mais diversas nuances que esse instituto pode demonstrar. Em razão disso, é comum se pensar que não há mais temas tão polêmicos e inovadores dentro do âmbito da responsabilidade civil do Estado para serem pesquisados, o que faz com que as comuns análises sobre o regime jurídico de responsabilização civil do Estado sejam, na maior parte das vezes, mera repetição de tudo o que tantos renomados autores já se dedicaram a analisar.

No presente caso, entretanto, um estudo acerca do atual sistema de responsabilidade civil do Estado no Brasil se justifica pelo fato de que o objeto principal deste trabalho é analisar a viabilidade da instituição de um modelo de responsabilização civil preventivo do Poder Público. Trata-se, como se verá nos capítulos seguintes, de uma evolução colossal no seio de um dos temas mais clássicos do Direito Administrativo.

Assim, antes que esse nova forma de responsabilização possa ser apresentada e analisada, deve-se conhecer com afincos o modelo atualmente vigente, para se identificar suas bases estruturais, suas deficiências e seus defeitos. Nos tópicos seguintes, portanto, será estudado não apenas o atual regime da responsabilidade civil do Estado no Brasil, mas, principalmente: **(1.1.)** como o dano é tido, em praticamente um consenso da doutrina, como elemento essencial desse instituto; **(1.2.)** como o atual estágio da teoria da responsabilidade civil já reconhece a necessidade de prevenção de danos, sem, todavia, oferecer meios hábeis de concretização desse dever, principalmente no tocante ao Poder Público; e, finalmente, **(1.3.)** como as categorias de *responsabilidade*, *antijuridicidade*, *dano* e *culpa* são equivocadamente compreendidas em unidade, o que impede o avanço desse instituto para um paradigma preventivo.

1.1. O regime jurídico da responsabilidade civil do Estado no Brasil e o dano como seu elemento (supostamente) essencial

O Poder Público possui, por determinação da ordem jurídico-constitucional, tarefas que reclamam sua intervenção na sociedade, mediante ações positivas e negativas. O Estado brasileiro, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, viu-se imbuído da realização de uma série de obrigações – as principais delas descritas no art. 3º da Lei Maior como *objetivos fundamentais da República*.² O Direito impõe ao Estado uma série de deveres jurídicos, que devem ser diariamente cumpridos para que tais objetivos possam ser concretizados. A Administração Pública, então, molda-se e organiza-se para desempenhar essas tarefas: contrata servidores, cria órgãos, autarquias, fundações e empresas estatais, realiza contratos com particulares, presta serviços públicos, intervém na liberdade e na propriedade de terceiros, fomenta e regula atividades econômicas, etc.

Pode-se dizer, portanto, que o Estado é *responsável* pela execução e satisfação desses deveres jurídicos. Ele está sujeito a assumir os efeitos decorrentes do não cumprimento espontâneo de tais obrigações. Essa afirmação pode parecer bastante óbvia quando se analisa o Direito Administrativo contemporâneo. Em um Estado Democrático de Direito, sequer é necessário que se diga expressamente que o Estado é responsável pelas consequências de seus atos.³ Afinal, esse é, em análise mais ampla, um dos princípios gerais do Direito como um todo.⁴ No entanto, nem sempre foi assim.

No início do desenvolvimento dos Estados Modernos, o Direito era fundado no princípio de que o Estado, enquanto ente soberano, não poderia fazer nada de errado, notadamente quando agia através de suas prerrogativas autoritárias. Essa característica ficava ainda mais acentuada quando se tomava que o Rei governante era um “delegatário

² **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 3º.** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1.017.

⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 202.

dos desígnos de Deus” na Terra.⁵ Na França, dizia-se que “*le Roi ne peut mal faire*”; na Inglaterra, que “*the King can do no wrong*”. Tais máximas representam o período no qual vigia o chamado *princípio da irresponsabilidade do Estado*. Ainda que completamente estranho aos tempos atuais, é bastante fácil entender como e porquê essa noção vigorou por tanto tempo.

A partir do final da Idade Média, os processos de unificação dos povos e de formação dos Estados (chamados “Modernos”) culminaram na ascensão de governantes absolutos ao poder. Enquanto soberanos, sobrepunham-se “incontrastavelmente aos demais poderes sociais, que lhes ficaram subordinados”.⁶ Assim, era impossível de se imaginar que o Estado (representado na figura do monarca absolutista) pudesse ser responsabilizado por danos que seus atos causassem aos súditos. Ainda que houvesse danos, isso não seria controlável por ninguém – até porque sequer havia ferramentas jurídicas capazes de instrumentalizar essa responsabilização. Se o Rei dizia o que era o Direito, não podia a ordem jurídica restringir ou reprimir suas manifestações de vontade.

Isso tudo se altera com o aparecimento dos Estados de Direito, a partir do fim do século XVIII.⁷ Com a submissão do Estado à ordem jurídica, as ações estatais passaram, enfim, a ter um limite: o Direito. Como bem resume Celso Antônio Bandeira de Mello, “a partir do instante em que se reconheceu que todas as pessoas, sejam elas de Direito Privado, sejam de Direito Público, encontram-se por igual, assujeitadas à ordenação jurídica, ter-se-ia que aceitar, a bem da coerência lógica, o dever de umas e outras e outras – sem distinção – responderem pelos comportamentos violadores do direito alheio em que incorressem”.⁸

Deve-se ressaltar, todavia, que a superação do ideal de irresponsabilidade não se deu mecanicamente, em um só ato. Mesmo sob a égide do Estado de Direito, os resquícios dos tempos em que se considerava o Poder Público impossível de ser responsabilizado

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 203; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 73.

⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 132.

⁷ Além da consagração do paradigma do Estado de Direito, alguns pesquisadores elencam o próprio conceito de “justiça” como fundamento para a instituição da responsabilidade civil do Estado. Sobre o tema, ver: SACRISTÁN, Estela B. Fundamentos de la responsabilidad del Estado: del Estado de Derecho a una Mayor Solidez. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 13-27, jan./mar. 2015.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1.017.

persistiram por muitos anos – e, a bem da verdade, persistem até os dias de hoje em determinadas situações. No entanto, é inegável que, ao se intitular como “República”, o Estado brasileiro pontua sua opção por um regime de governo juridicamente institucionalizado onde as autoridades públicas são juridicamente responsáveis pelos atos que cometem. Afinal, em uma República, afirma Eduardo Soto Kloss, não existem sujeitos fora da ordem jurídica: o Direito obriga igualmente a todos, tanto governantes, como governados.⁹

Por algum tempo, a responsabilidade do Estado foi vista, em razão da ideia de que as pessoas jurídicas de Direito Público estão igualmente submetidas à ordem jurídica como as de Direito Privado, pelas mesmas lentes que analisam o regime de responsabilização de particulares. É indiscutível, todavia, que a Administração Pública, calcada na relação entre prerrogativas e sujeições públicas, necessita de um regramento de responsabilização próprio, já que muitas das normas civilistas não são compatíveis com o regime jurídico-administrativo.

Assim, o marco inicial da responsabilidade civil do Estado reconhecida enquanto instituto próprio do Direito Público – ou seja, sem se utilizar unicamente do regime jurídico civilista – é considerado o famoso *arrêt Blanco*, julgado pelo Tribunal de Conflitos francês em 1873.¹⁰ Como bem analisam Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, “é evidente, pois, a importância do julgado, visto que consagra de forma definitiva a necessidade de elaboração de regras próprias de Direito Administrativo para reger a responsabilidade do Estado”.¹¹

Após o *arrêt Blanco* consignar a necessidade de se desenvolver uma teoria da responsabilidade civil do Estado própria do Direito Administrativo, os primeiros

⁹ KLOSS, Eduardo. La responsabilidad extracontractual del estado administrador: un principio general del derecho chileno. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 14, n. 21-22, p. 149-156. p. 153.

¹⁰ O caso se tratava de um acidente sofrido pela menina Agnès Blanco, atropelada por uma vagonete da fábrica de tabaco da cidade de Bordeaux. Nessa oportunidade, devendo decidir se o caso deveria ser julgado pela jurisdição comum ou pela jurisdição administrativa, o Tribunal de Conflitos, em posição histórica pioneira, entendeu que (i) o Código Civil era inaplicável às relações de responsabilidade civil do Estado; (ii) deve haver uma disciplina própria, adequada ao regime jurídico-administrativo, para a solução de casos como este; (iii) e, por fim, que o julgamento desse conflito era competência da jurisdição administrativa. LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 1-7.

¹¹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 263-264.

entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema culminaram no paradigma da *responsabilidade subjetiva do Estado*. Nesse quadro, para o Estado ser responsabilizado era necessária a existência de um dano decorrente de uma ação ou omissão estatal *culposa*. O ponto chave da teoria subjetiva está na culpa. Só haverá responsabilização, segundo essa linha, quando o Estado agir de modo negligente, imperito ou imprudente. Assim, em que pese ter se desenvolvido com o objetivo da instituição de um regime jurídico próprio para a responsabilidade civil do Estado, esta teoria ainda se utilizava de toda a base construída pela teoria da responsabilidade civil do Direito Privado, motivo pelo qual esse período também ficou conhecido como o da *teoria da culpa civilística*.

A responsabilidade civil do Estado é um tema que evoluiu muito através de casos concretos da jurisprudência do Conselho de Estado francês, adaptando-se e reinventando-se a cada situação diversa que aparecia. E foi exatamente assim que ocorreu a superação da teoria da culpa civilista. Percebeu-se que a culpa do agente público não era suficiente para dar conta dos casos em que o dano advinha do funcionamento da própria máquina estatal, sem ter havido a participação direta e imediata de algum servidor público, e que “muitas vezes os erros cometidos pelos agentes públicos engendram consequências tão graves que a sua reparação se torna materialmente impossível de ser suportada por eles próprios, em razão de sua insolvabilidade”¹².

Passou-se a se desenvolver, assim, a famosa teoria da *faute du service*, cuja principal contribuição para a evolução da responsabilidade civil do Estado está no fato de ter sido a primeira teoria a passar o foco, antes direcionado ao agente público, para o Estado enquanto instituição. Tratava-se, portanto, de uma culpa anônima. Nesse sistema, “a falta do serviço não dependia da existência de ato individualizado do agente, pois configurava má condição do serviço, elemento bastante para ensejar a reparação”.¹³ Nesse contexto, por mais que não tivesse havido a participação direta de algum agente público no caso, sempre que a atividade administrativa, por si só, falhasse e causasse um dano a um particular, esse teria direito a ser indenizado.

¹² GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 265.

¹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 211.

Já no século XX, o estudo da responsabilidade do Estado passou a se basear na chamada *teoria do risco*. A essência de tal teoria reside na aceitação de que as atividades administrativas, constantemente empregadas na busca pela realização do interesse público, colocam a sociedade sob um risco permanente. Com isso, pode-se dizer que “o elemento norteador da indenização deixou de ser a *falta* do serviço para repousar no *fato* do serviço”.¹⁴ É natural se esperar que, para atingir todos os objetivos que lhe são juridicamente impostos, o Estado acabe causando alguns danos a terceiros. Exatamente em razão da “naturalidade” da geração desses danos, então, é que a teoria do risco passou a dominar a dogmática da responsabilidade estatal.

Por esses fundamentos, afastou-se a necessidade de comprovação de culpa ou dolo no agir estatal para a responsabilização do Poder Público. A ideia é que, como o Estado coloca constantemente toda a sociedade em risco, em virtude das diversas atividades que realiza em prol do bem comum, não seria mais preciso que o cidadão lesado tivesse a incumbência de demonstrar que o aparelho estatal agiu de modo doloso, imperito, negligente ou imprudente. Bastaria ser constatado, agora, o dano, a ação ou omissão do Estado e o nexo de causalidade entre eles.

Além disso, já que esses danos são causados durante atividades estatais executadas em prol de toda a coletividade, é justo que, quando alguém sofrer um dano, a sociedade, enquanto conjunto, arque com as consequências disso. Trata-se do princípio da repartição dos ônus e encargos sociais, o principal fundamento teórico em que se baseia o regime jurídico da responsabilidade civil do Estado no Brasil.

A teoria do risco divide-se em duas outras teorias: (i) a do risco integral e (ii) a do risco administrativo.

(i) A *teoria do risco integral* se caracteriza por consagrar a responsabilidade do Estado de modo absoluto, sem admitir qualquer excludente. O Estado, nessa linha, seria responsável por completamente todo e qualquer dano que uma ação ou omissão sua causasse a terceiros, sem espaço para exceções. Tal teoria despreza fatores circunstanciais que possam ter causado ou ajudado a causar o evento lesivo. Se essa teoria fosse adotada, o

¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 215.

Estado se tornaria uma espécie de “*segurador universal*”. Pelo seu extremismo, foi uma “modalidade abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social”.¹⁵

(ii) A *teoria do risco administrativo*, por sua vez, ainda que também seja fundada na potencialidade danosa das atividades administrativas, reconhece, como sua maior característica, a possibilidade de incidência de atenuantes ou excludentes da responsabilidade estatal, a depender de fatos ocasionados pela própria vítima ou por terceiros – o que lhe tornou muito mais razoável de ser aplicada na prática. Em razão disso, passou a ser a teoria adotada no Direito Administrativo brasileiro contemporâneo.

A cláusula geral da responsabilidade civil do Estado no Brasil é o art. 37, §6º, da Constituição.¹⁶ Além da instituição da modalidade objetiva de responsabilização, esse dispositivo estabelece alguns outros fatores importantes para o tema.

O primeiro deles é que consagra, ao lado da responsabilidade do próprio Estado (pessoas jurídicas de Direito Público), a responsabilidade – também objetiva – das *pessoas jurídicas de Direito Privado*. Nessa hipótese, por serem concessionárias de uma das atividades mais relevantes da Administração Pública, as empresas também responderão sempre que suas ações ou omissões causarem dolo a alguém (independentemente de ser usuário do serviço ou não)¹⁷, sendo prescindível a aferição de culpa ou dolo.¹⁸ O Poder Concedente, aqui, responde subsidiariamente, quando a vítima não puder cobrar a indenização da concessionária, uma vez que continua a ser o titular do serviço.¹⁹

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 715.

¹⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 37. § 6º.** As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹⁷ Sobre a indiferença quanto à vítima ser usuário ou não, Cf. PESTANA, Márcio. Responsabilidade Civil do Estado por Danos Provocados por Concessionários em Parcerias Público-Privadas. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 599-605.

¹⁸ BEZNOS, Clóvis. Responsabilidade Extracontratual das Pessoas Privadas Prestadoras de Serviços Públicos. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 619-621.

¹⁹ Sobre a responsabilidade subsidiária do Estado no caso de danos gerados pelas pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos, Cf. COSTA, José Eduardo da. Responsabilidade Civil do Estado por Atos de Concessionários de Serviço público. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 634-635; In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. A responsabilidade civil das pessoas de Direito Privado prestadoras de serviço público. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 145-150.

Além disso, o referido dispositivo prevê, também, a possibilidade de *responsabilização pessoal do agente público*, em ação regressiva a ser ajuizada pelo Estado após sua condenação, quando a conduta geradora do dano houver natureza culposa ou dolosa.²⁰ Com isso, firma a Constituição a obrigatoriedade de ajuizamento de ações de reparação sempre em face do Estado,²¹ o que constitui uma dupla garantia: **(i)** para o agente público, de que é o Estado quem primeiramente responderá pelos seus atos – o que é uma decorrência da teoria do órgão e do princípio constitucional da impessoalidade; e **(ii)** para a própria vítima, de que sempre cobrará a indenização de um ente solvente – ainda que, na prática, essa “solvência” do Estado mostre-se, não raramente, prejudicial à vítima, como será analisado nos itens 2.1. e 2.2.

Como dito acima, a teoria do risco administrativo – adotada pelo Direito brasileiro em detrimento da teoria do risco integral – diferencia-se desta última em razão de aceitar a possibilidade de *hipóteses de não-incidência da responsabilidade* (também chamadas de excludentes de responsabilidade). Atualmente, o Direito brasileiro admite as seguintes situações excludentes: caso fortuito, força maior, fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro. Tais hipóteses fazem não incidir sobre o Estado o dever de reparação por excluírem uma de suas características essenciais: o nexo de causalidade. Há, ainda, casos que, embora não excluam totalmente a responsabilidade do Estado, reduzem sua intensidade, por incluir na linha de causalidade entre a ação estatal e o dano sofrido pela

²⁰ Sobre o tema, por todos, ver: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O Direito de Regresso do Estado Decorrente do Reconhecimento de Responsabilidade Civil Extracontratual no Exercício da Função Administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 1122-1156.

²¹ É o que ensinam Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. In: Rodrigo Pironti. (Org.). **Lei de Responsabilidade Fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar nº 101/00**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 356-357. Celso Antônio Bandeira Mello, porém, é um dos doutrinadores que possui entendimento diverso. Para ele, “o vitimado é quem deve decidir se aciona apenas o Estado, se aciona conjuntamente a ambos, ou se aciona unicamente o agente”. Em sua visão, “não se pode extrair do dispositivo constitucional em pauta alguma impossibilidade do lesado voltar-se, ele próprio, contra o agente”, já que, como o dever de uma pessoa de responder pelos danos que ela causa a outrem é um princípio geral do Direito, uma exceção, no tocante ao Direito Administrativo, à essa regra deveria ser explícita. A intenção de Bandeira de Mello ao defender essa tese é, inegavelmente, virtuosa. Para ele, o entendimento de que o cidadão que sofreu um dano causado pela ação ou omissão culposa de um servidor público só pode cobrar um valor indenizatório do Estado, “ao invés de desestimular o mau servidor a agir com dolo, negligência, imprudência ou imperícia, estimula-o a proceder como bem queira, pois o coloca a salvo das consequências de seus atos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1052-1053; 1059.

vítima fatores externos, que concorrerem para a ocorrência do dano. Em razão disso, são classificadas como as hipóteses de fato concorrente da vítima e fato concorrente de terceiro.²²

No atual regime de responsabilidade civil do Estado, o Poder Público responde não só pelos atos administrativos, como também por atos jurisdicionais e atos legislativos. A responsabilização de ambos, porém, ainda é considerada pela maior parte da doutrina e da jurisprudência como uma exceção. A regra para os atos de natureza não administrativa, pois, continua sendo a irresponsabilidade.

A responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais será possível somente nas seguintes hipóteses: (i) condenação penal equivocada (erro judiciário) e permanência do detento preso para além do tempo fixado em sentença (art. 5º, LXXV, da CF); (ii) atitude dolosa ou fraudulenta do juiz (art. 143, I, do CPC); (iii) recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, de providência que o juiz deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (art. 143, II, do CPC); (iv) prisão preventiva equivocada, sem o devido preenchimento dos requisitos legais ou em caso de posterior absolvição por negativa de fato ou de autoria; (v) execução provisória da pena procedida de absolvição; (vi) morosidade judicial, que, além de causar dano, resulte em violação ao direito fundamental à razoável duração do processo. Além disso, a ação indenizatória só poderá ser movida quando esgotados todos os meios recursais de impugnação do ato jurisdicional causador do dano.²³

A responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, por sua vez, mostra-se possível em três únicas hipóteses: (i) danos gerados a partir de uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade; (ii) danos anormais e especiais decorrentes de uma lei de efeitos concretos, que atinja uma pessoa – ou, ao menos, um grupo específico de pessoas – de

²² Sobre o tema, por todos, ver: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de Não-Incidência de Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 269-339; SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 268-292.

²³ Sobre o tema da responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 107-125, jan./mar. 2012.

modo mais incisivo e significativo do que o resto da sociedade; (iii) danos consequentes de uma omissão legislativa inconstitucional.²⁴

Por fim, cumpre ressaltar que o Direito Administrativo brasileiro admite até mesmo a responsabilização do Estado por atos lícitos. Afinal, como dito acima, o principal fundamento do regime jurídico da responsabilidade civil do Estado não é o princípio da legalidade – como já fora um dia –, mas, sim, o princípio da distribuição dos ônus e encargos sociais. Em razão disso, quando um ato administrativo, embora legal, cause um dano especial e anormal a algum cidadão, a Administração também terá o dever de ressarcir essa vítima. De outro modo, aceitar-se-ia que uma pessoa, em razão de alguma característica específica sua, arcasse com os danos decorrentes da atividade administrativa, enquanto a comunidade em geral apenas se aproveitasse de tal atividade, sem assumir os ônus dela decorrentes.²⁵

O que se pretendeu demonstrar com toda a exposição descritiva feita até aqui é o fato de que, tanto em todas as teorias sobre responsabilidade civil do Estado desenvolvidas ao decorrer da história, como, também, em todas as hipóteses de responsabilização estatal previstas atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, *o dano mostra-se uma característica imprescindível*. Seja do agente ou do Poder Público; seja subjetiva ou objetiva; seja por uma ação ou omissão; seja do próprio Estado ou de entes privados que prestem serviços públicos; seja por atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais; seja por atos lícitos ou ilícitos; etc. Em absolutamente todos esses casos não se admite a responsabilidade do Estado sem a ocorrência de um dano.

A correlação entre os conceitos de responsabilidade civil do Estado e de dano é tão direta, que todos os cursos mais tradicionais de Direito Administrativo inserem a característica do dano dentro da definição de responsabilidade. Veja-se alguns exemplos: Celso Antônio Bandeira de Mello: “entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de *reparar economicamente os*

²⁴ Sobre o tema da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, ver: ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado**: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 120-172.

²⁵ FREITAS, Daniel Castanha de. A responsabilidade civil do Estado por atos lícitos como resposta à aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, vol. 13, n. 144, p. 13-26, fev. 2013. p. 20-21.

danos [...]”;²⁶ Hely Lopes Meirelles: “responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de *reparar danos patrimoniais [...]*”;²⁷ Marçal Justen Filho: “responsabilidade civil do Estado consiste no dever de *compensar os danos [...]*”;²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de *reparar danos [...]*”;²⁹ Odete Medauar: “responsabilidade civil do Estado diz respeito à obrigação a este imposta de *reparar danos [...]*”.³⁰

Pode-se dizer, inclusive, que essa relação é desenvolvida diretamente a partir da normativa constitucional que rege o regime da responsabilidade civil do Estado. Com efeito, o art. 37, §6º, da Constituição, prevê que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos *responderão pelos danos* que seus agentes, nessa qualidade, causarem [...]”.

Esse dano ensejador da responsabilidade do Estado, lembra a doutrina tradicional, “consiste em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito”. Trata-se, então, de lesão a “um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja”. Deve, ainda, ser certo – não apenas eventual ou futuro. E, no tocante à responsabilidade por atos lícitos, faz-se necessário que seja especial e anormal.³¹ Ressalte-se que atualmente não apenas os danos patrimoniais podem ser objeto de responsabilização estatal, mas também aqueles de ordem moral.³²

No entanto, como bem destaca Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, “o conceito de responsabilidade – como, ademais, os conceitos em geral – pertence ao mundo das ideias, dentro do qual deve se constantemente criticado, atualizado ou recriado”.³³ Por óbvio, não se pretende, aqui, fazer uma desconstrução completa de um conceito tão consolidado na

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1011.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 712.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1298.

²⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 786.

³⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 415.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1039-1041.

³² ZULIANI, Ênio Santarelli. Particularidades do Arbitramento do Dano Moral na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 412-414.

³³ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 199.

doutrina, na legislação e na jurisprudência. No entanto, despindo-se das lentes tradicionais que sempre analisaram a matéria, é instigante demandar, no ordenamento jurídico hodierno, por que o Estado só pode ser responsabilizado após a geração de um dano.

Nas últimas décadas, o tema da responsabilidade civil vem sendo revisto pelos estudiosos do Direito Civil, do Direito Ambiental e do Direito Processual Civil, que desenvolveram técnicas preventivas, as quais, ao se voltarem contra a prática ou a manutenção de um ato ilícito, buscam, em última análise, impedir a realização do dano.

Assim, o que será realizado daqui em diante é uma reanálise do instituto da responsabilidade civil do Estado, procurando averiguar, com base na evolução histórica e no regime jurídico dessa temática delineados acima, a possibilidade jurídica e as vantagens decorrentes da instituição de um modelo de prevenção de danos pela Administração Pública.

1.2. A função preventiva da responsabilidade civil sob a óptica da Análise Econômica do Direito

O instituto da responsabilidade civil viveu, nos últimos anos, um intenso fenômeno de expansão. Graças à maior proteção dos direitos, à extensão do conceito de dano ressarcível e à facilitação dos meios de acesso à justiça, os tribunais brasileiros inundam-se em casos nos quais se discute algum tipo de indenização pecuniária.

A doutrina, diante desse novo cenário, passou a refletir sobre a função e a estrutura desse instituto, buscando soluções viáveis para os problemas hoje enfrentados nessa temática. Assim, começou-se a se discutir não apenas melhores instrumentos para viabilizar a reparação dos danos, mas, também, se repará-los é, de fato, a solução mais adequada.³⁴

A resposta para essa indagação veio, inicialmente, da escola da Análise Econômica do Direito. Lembre-se que, nos Estados Unidos, origem da *Law and Economics*, esse instrumento desenvolveu-se exatamente para apresentar novas soluções para os problemas vividos pelo sistema de responsabilidade civil.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 219.

De início, vale frisar que esse movimento busca utilizar da racionalidade econômica para contribuir para o aprimoramento da ordem jurídica.³⁵ Os seguidores dessa linha entendem que os indivíduos pautam as decisões de suas vidas de modo racional, tomando como parâmetro, entre outros fatores, os institutos e as normas jurídicas incidentes sobre eles. Assim, entendeu-se que a Análise Econômica do Direito poderia servir como um instrumento para que os operadores do Direito soubessem quais os caminhos que devem seguir a fim de estimularem ou desestimularem a prática de determinada conduta na sociedade.³⁶ Dessa forma, deve ser compreendida “muito mais como um instrumento que propicia a adequação do Direito ao tempo e ao espaço social do que um modelo finalístico com pretensões de ditar, autonomamente, o comportamento dos sistemas de justiça”.³⁷

A responsabilidade civil do Estado, como já se disse, foi encarada, no início de seu desenvolvimento, apenas como ferramenta voltada a viabilizar a indenização dos danos sofridos pela vítima e nada mais. Essa lógica, porém, levou o sistema de responsabilização a um colapso interno. De tanto ser condenado a pagar indenizações, hoje o Poder Público brasileiro está afundado em dívidas oriundas de condenações judiciais, o que faz com que o tempo de pagamento de um precatório seja de longos anos – longos apenas para as vítimas, é lógico.³⁸

A Economia é uma área do saber que, em regra, busca através de suas teorias prever e direcionar acontecimentos futuros (atividade *ex ante*). O Direito, por outro lado, caracteriza-se principalmente por analisar fatos que já ocorreram, procurando que sejam aplicadas as normas jurídicas diante dos eventos pretéritos (atividade *ex post*). É assim, por

³⁵ Como ensinam Emerson Gabardo e Lígia Maria Melo de Casemiro, “Sendo apresentada como um método para compreender a ciência jurídica, a AED tem por característica principal utilizar-se de alguns instrumentais da Economia na avaliação concreta de previsões normativas. Sua contribuição é trazer para o âmbito formal do fenômeno jurídico a possibilidade de diálogo com outra ciência provocando uma nova forma de conceber sua materialização. Segundo as ideias de seus defensores, a AED trata de avaliar as consequências econômicas oriundas de previsões jurídicas, ligadas ou não ao sistema econômico, a partir de um método que se propõe consistente em fazer a análise sob a ótica das escolhas racionais, buscando alocar de maneira eficiente recursos necessários para garantir o bem-estar social. Trata-se de uma interessante união entre Direito e Ciência Econômica (e não, obviamente, do Direito Econômico, que nada mais é do que um ramo da própria Ciência Jurídica)”. GABARDO, Emerson; CASEMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. Uma análise econômica do direito à moradia. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, vol. 4, n. 11, p. 53-74, maio/ago. 2015. p. 62.

³⁶ ARAÚJO, Fernando Borges Correia de. **Análise Econômica do Direito: Programa e Guia de Estudo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2008. p. 22.

³⁷ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 148.

³⁸ O problema da demora no pagamento de precatórios e do colapso do sistema de responsabilização pecuniária será analisado de modo mais específico no tópico 2.2.

exemplo, com os danos, que viram objeto de análise do Direito apenas após já terem sido realizados e somente como base de perquirição para uma indenização. O que a análise econômica da responsabilidade civil pretendeu fazer com esse instituto, então, foi remodelá-lo para que seja pensado de modo a influenciar os *comportamentos futuros* de vítimas e agressores.³⁹

Thaís Goveia Pascoaloto Venturi lembra que o professor italiano Guido Calabresi, um dos principais responsáveis pela notoriedade alcançada pelo movimento da *Law and Economics*, ao analisar o sistema de responsabilidade civil através da racionalidade econômica e da teoria dos “custos dos acidentes”, demonstrou que seria mais eficiente que as regras de responsabilização fossem voltadas ao sujeito que tinha a capacidade de *evitar os danos*, pois aí, via de regra, o custo despendido seria menor.⁴⁰

Dessa forma, para que o sistema de responsabilidade atinja seus objetivos mais facilmente, o principal benefício social advindo do instituto deve ser não a compensação da vítima em si, “mas evitar ou dissuadir comportamentos que possam causar acidentes. Desta forma, uma regra de responsabilidade é eficiente se tem uma influência assinalável na *diminuição da taxa de acidentes*”.⁴¹

Pode-se dizer, então, que um dos principais ensinamentos trazidos pela *Law and Economics* para os estudiosos do Direito é que “se o sistema de responsabilidade civil tem um verdadeiro propósito hoje, ele deve ser a criação de incentivos para a redução de riscos”,⁴² pois só assim será atingida a pacificação social por ele pretendida.

Após essa constatação, percebeu-se que as funções às quais se prestava o instituto da responsabilidade civil deveriam ser revistas, com o objetivo de adequá-las às novas necessidades sociais e, também, de conferir maior eficiência a esse sistema.

³⁹ MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the philosophical foundations of the Economics Analysis of Law. Trad. Deborah Shannon. New York: Springer, 2009. p. 69.

⁴⁰ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva:** a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 175-176. Cf. CALABRESI, Guido. **El coste de los Accidentes:** Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad civil. Trad. Joaquín Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

⁴¹ GAROUPA, Nuno. Combinar a Economia e o Direito: a Análise Econômica do Direito. **Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, Campo Grande, vol. 1, n. 1, p. 1-12, jan./jun. 2009. p. 5.

⁴² No original: “If the liability system has a real purpose today, it must lie in the creation of incentives to reduce risk”. SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 268. Tradução livre.

Colocou-se, assim, ao lado do tradicional reparatório da responsabilidade, uma nova função: a *preventiva*.⁴³ Com isso, à antiga preocupação de se indenizar os danos sofridos pelas vítimas somou-se a atenção em fazer com que menos danos fossem causados.⁴⁴

Sob a óptica da Análise Econômica do Direito, a função preventiva da responsabilidade civil do Estado faz com que o Poder Público internalize os custos referentes aos pagamentos de indenizações (considerados efeitos negativos externos de suas ações), de modo a incorporar, nas tomadas de decisões administrativas, a necessidade da não realização daquelas atividades danosas – ou, ao menos, sua redução.⁴⁵ A função preventiva da responsabilidade visa, pois, obrigando o agressor a reparar o dano que causou, coibi-lo de realizar novamente as ações pelas quais foi responsabilizado.⁴⁶

A sanção proveniente da responsabilização civil do Estado, assim, “além de reparar da forma mais completa que for possível o dano”, deve representar “o mínimo indispensável para dar uma satisfação ao sentimento geral de frustração e mesmo de revolta experimentado pela coletividade (o que cabe ainda dentro da função sancionatória)” e deve “coagir à adoção dos cuidados que razoavelmente sejam cogitáveis (e é aqui que intervém a função dissuasora)”.⁴⁷

Entende a doutrina atualmente, então, que o adequado funcionamento do sistema de responsabilização civil poderá indicar ao agressor – uma vez tendo que se confrontar com as consequências negativas que seu ato acabou por gerar – que a melhor solução para que não precise mais arcar com os custos de novas condenações judiciais é a adoção de *medidas de prevenção*, para que aqueles danos não se repitam – ou, no mínimo, que isso aconteça com uma frequência menor. Afinal, como pontua Cesar Santolim, “as possibilidades de que a responsabilidade civil possa desempenhar uma função preventiva estão diretamente

⁴³ Para uma análise específica acerca de como o instituto da responsabilidade civil reconheceu a necessidade de internalização de uma função preventiva, ver: GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano**: da lógica reparatória à lógica inibitória. Curitiba, 2015. 302 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 148-160.

⁴⁴ DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 110, p. 765-817, 2015. p. 775.

⁴⁵ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 250-276, abr./jun. 2005. p. 252.

⁴⁶ NORONHA, Fenando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 463.

⁴⁷ NORONHA, Fenando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 464.

relacionadas com a percepção que os agentes potencialmente causadores de dano possam ter sobre futuros ‘acidentes’”.⁴⁸

Como explicado no tópico 1.1., o Direito Administrativo adota a teoria objetiva como regra para a responsabilização porque reconhece que o Estado, na busca por realizar suas tarefas de interesse público, gera constantes riscos para a sociedade. Romeu Felipe Bacellar Filho é preciso ao afirmar, nesse sentido, que é “diante da potencialidade da Administração Pública em individualmente causar danos a terceiros, [que] decorre o fundamento da teoria do risco administrativo”.⁴⁹ Assim, é possível concluir que a Administração Pública, mais do que qualquer outra pessoa física ou jurídica de direito privado, por ser aquela que mais expõe a sociedade a riscos, é o ente que mais deveria buscar métodos de prevenir a geração de danos.

A função preventiva da responsabilidade civil pode ser entendida, portanto, até mesmo como uma legítima expectativa da sociedade de que o Poder Público pare de cometer condutas danosas, que serão frequentemente objeto de pedidos de reparação. Em outras palavras, “além de reparar a vítima e o punir o agente ofensor, a sociedade espera também, até por questão de segurança, que a responsabilidade civil, por seus instrumentos de efetivação, cumpra a tarefa de evitar a prática de condutas lesivas”.⁵⁰ E existem duas principais razões para isso: (i) os cidadãos, em um sentimento de claro interesse público, não querem que seus direitos sejam lesados pelo Estado, de quem esperam, pelo contrário, uma atuação que consolide suas esferas jurídicas; (ii) a sociedade é quem sustenta, através do pagamento de tributos, as contas das quais sairão os valores destinados ao pagamento de indenizações, o que causa indignação diante do fato de que esses montantes poderiam ser investidos em atividades que atendessem às necessidades sociais.

Deve-se tomar certo cuidado, todavia, com a análise econômica da responsabilidade civil. Não se defende, aqui, uma utilização desmedida dessa técnica. Muitos integrantes do movimento da *Law and Economics* parecem defender a maximização da função preventiva da responsabilidade civil apenas porque prevenir é, em regra, menos custoso do que

⁴⁸ SANTOLIM, Cesar. Nexos de causalidade e prevenção na responsabilidade civil. **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 41, n. 4, p. 79-100, out./dez. 2014. p. 93.

⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 221.

⁵⁰ CARVALHO, Luís Fernando de Lima. **As funções da responsabilidade civil: as indenizações pecuniárias e a adoção de outros meios reparatórios**. São Paulo, 2013. 255 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo. f. 86.

indenizar. Nesse sentido, caso o valor da prevenção, em relação ao do ressarcimento do dano, não compensasse economicamente, ela deveria ser deixada de lado. Por óbvio essa não é uma posição com a qual esse trabalho coaduna, já que o objetivo maior de se defender a instituição de meios preventivos de responsabilização do Estado é o de *preservar e tutelar adequadamente os direitos* – e não simplesmente o de desenvolver um sistema que diminua os custos de indenização com os quais o Estado deve arcar.

Lembre-se que, em um Estado Social de Direito, como é aquele moldado pela Constituição Federal de 1988, a Administração Pública não pode pautar sua atuação por uma eficiência baseada tão somente no controle de custos e resultados. Em que pese a natural necessidade de o Poder Público responder com eficiência às demandas da população,⁵¹ não se pode admitir um Estado *pretensamente eficiente*, que se distancie dos princípios do regime jurídico-administrativo para atingir o resultado menos custoso. Por essas razões, em se tratando de eficiência administrativa, deve-se questionar, sempre, "as soluções apressadas, cujo fatalismo inexoravelmente esconde uma faceta antidemocrática".⁵²

Outro tópico que merece um questionamento crítico nessa temática é saber até que ponto a função preventiva da responsabilidade civil – inicialmente desenvolvida no âmbito do Direito Privado – pode realmente trazer efeitos concretos para a adoção de medidas preventivas na Administração Pública.

Os *punitive damages* – assim consideradas aquelas sanções que são impostas aos agressores com objetivo punitivo-pedagógico – podem até ser um instrumento interessante para promover a prevenção dos danos no Direito Privado. No Direito Administrativo, porém, isso parece ser mais difícil de se realizar. Por força do comando disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal, é sempre o Estado que vai arcar com as consequências monetárias de uma condenação por responsabilidade civil. Assim, a não ser nas raras hipóteses em que são movidas ações de regresso contra os servidores que causaram o ato

⁵¹ Paulo Modesto, nesse sentido, pontua que a eficiência é uma característica própria do Estado Social. Para o administrativista, a obtenção de recursos dos cidadãos por meio de impostos apenas torna-se justificável quando há resultados socialmente relevantes. Sempre pareceu legítimo que os contribuintes "cobrassem" do Estado uma adequada prestação de serviços públicos, pois é a própria sociedade que possibilita a existência desse sistema de providência social. MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 51, n. 2, abr./jun. 2000. p. 106.

⁵² GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 145.

danoso culposamente, dificilmente será reconhecida e internalizada a necessidade de desenvolvimento de métodos de prevenção de danos, já que os gestores da Administração não sofrerão diretamente os impactos da atuação estatal repreendida judicialmente.

Some-se a isso ainda o fato de que, como será melhor analisado no tópico 2.2., as dívidas judiciais contraídas pelo Estado em ações de responsabilização civil são pagas através de precatórios, o que faz com que o débito seja realmente “sentido” pelo Poder Público apenas muitos anos após a ocorrência do evento lesivo. Desse modo, muito dificilmente a gestão de governo na qual se praticou o ato danoso será a mesma em que o valor referente à indenização será despendido dos cofres públicos, o que diminui ainda mais a força da função preventiva da responsabilidade civil do Estado baseada em condenações pecuniárias.

Além disso, a teoria objetiva – adotada como regra no Direito Administrativo – deixa menos espaço para a incidência de sua função preventiva. Afinal, se o objetivo desta função é que o agressor, uma vez sendo condenado, não venha mais a cometer aquela conduta lesiva, percebe-se que a questão central reside em aspectos subjetivos do agente. Se se pretende que ele não realize mais determinado ato, é porque se pressupõe que o dano só foi produzido por culpa desse agente. Nos casos de responsabilização objetiva, por nem mesmo se analisar a conduta subjetiva do agente causador do dano, fica mais difícil se determinar exatamente quais posturas poderiam ser (ou deixar de ser) adotadas para que aquela lesão não tivesse ocorrido.

Assim, a conclusão a que se chega é que, apesar de buscar alterar o sistema de responsabilização com objetivos louváveis, a mera adoção da função preventiva da responsabilidade civil traz muito poucos resultados para induzir o Estado a empregar métodos mais eficientes de prevenção de danos.

Lembre-se, porém, que foi exatamente a partir da função preventiva da responsabilidade civil por danos que a doutrina civilista começou a desenvolver a teoria da responsabilidade civil preventiva (ou responsabilidade civil sem danos).⁵³ Dessa forma, a

⁵³ LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012. p. 257. Thais Goveia Pascoaloto Venturi pontua, nessa mesma linha, que “muito mais que enxergar nas regras de responsabilidade civil mera função preventiva que acaba sendo tratada no mais das vezes como simplesmente acessória, eventual ou circunstancial, [...] busca-se demonstrar que a prevenção de danos, para além de função, deve ser compreendida como verdadeiro fundamento do

principal lição a ser tirada disso tudo é a premente necessidade de releitura dos aspectos tradicionais do sistema de responsabilização civil do Estado, para que possam ser desenvolvidos meios – adequados à realidade do Direito Administrativo – de prevenção dos danos causados pelo Estado.

1.3. A responsabilidade civil do Estado diante da confusão entre as categorias de antijuridicidade, dano e culpa

Como visto no tópico 1.1., o estudo da responsabilidade civil do Estado foi historicamente desenvolvido classificando o dano como um de seus elementos essenciais. Em razão disso, a responsabilização do Estado só é admitida atualmente após a geração desse dano. Ou seja, ainda que se comprove a existência de uma conduta estatal antijurídica (passível de ocasionar um dano futuro), o ordenamento, segundo as lentes da doutrina tradicional, não permite a responsabilização.

Percebe-se, diante disso, que a confusão criada entre os conceitos de *antijuridicidade*⁵⁴ e de *dano* – e, em certo modo, também o de *culpa* – inviabiliza a aceitação e o aprimoramento de um sistema preventivo de responsabilização do Estado. Em razão disso, insta analisar separadamente cada uma dessas categoriais, a fim de que se possa compreendê-las adequadamente, livre das comuns confusões.

No campo do Direito, onde alterações semânticas e axiológicas são constantes, há um grave problema em se apegar a conceitualismos exacerbados. Isso pode impedir a evolução dos institutos jurídicos, que devem se encontrar em ininterrupta adaptação (teórica e prática) aos valores e às necessidades sociais.

instituto”. VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 99.

⁵⁴ Nesse tópico, antijuridicidade e ilicitude serão tratados como sinônimos. Isso porque como a regra (principalmente no Direito Privado) é que a responsabilização derive de atos ilícitos (violadores da lei formal), a doutrina costuma analisar a problemática ora enfrentada tratando da confusão das categorias de *ilicitude*, dano e culpa. No Direito Administrativo, porém, como já explicado, é possível a responsabilização civil do Estado também por atos lícitos, quando deles decorrer um dano especial e anormal. Com isso, porém, o ato, embora continue sendo legal em sentido estrito, passará a ser antijurídico, por violar um valor maior do Direito, que é a equânime distribuição dos ônus e encargos sociais, uma derivação do princípio constitucional da isonomia. Assim, seja quando se fala em antijuridicidade, seja quando se fala em ilicitude, ao que está se referindo é um ato violador de alguma norma jurídica (seja uma lei formal ou a própria Constituição Federal).

Orlando Gomes, já no ano de 1955, convocou os juristas para a batalha que é a tarefa da reconceituação dos institutos jurídicos estabelecidos durante o século XIX e sua adaptação para os tempos vigentes. Esses conceitos, em suas palavras, “não coincidem com a realidade social dos dias hodiernos, não atendem às atuais exigências econômicas, não respondem às novas necessidades sociais e não satisfazem aos reclamos da consciência coletiva”. Diante desses fatores, Gomes assinala que “a missão dos juristas é substituí-los corajosamente”.⁵⁵

Assim, não é porque o tema da responsabilidade civil foi tradicionalmente construído com o objeto de viabilizar o ressarcimento dos danos que a essência do conceito de “responsabilidade jurídica” tenha de estar diretamente ligada à existência de danos.⁵⁶

Crer que a disciplina da responsabilidade civil deve se limitar à reparação de danos – e, conseqüentemente, que o seu “estado da arte” seja o desenvolvimento de meios eficazes de ressarcimento – demonstra uma falta de preocupação com conferir utilidade ao ordenamento jurídico e, dessa maneira, com o atendimento das necessidades sociais experimentadas atualmente.⁵⁷

José Cretella Júnior, pautando-se na etimologia desse conceito, lembra que “o termo *responsabilidade* evoca o cognato *resposta*, ambos alicerçados na raiz *spond* do verbo *respondere*, cujo significado é *responder*”.⁵⁸ Ser responsável, portanto, é responder pelas conseqüências de seus atos. Veja-se como no período da teoria da irresponsabilidade, acima referido, o Estado *não respondia* por qualquer dos resultados gerados por suas ações.

À mesma conclusão pode-se chegar fazendo-se uma análise filosófica e sociológica do termo responsabilidade. Relembre-se, nesse sentido, a clássica distinção formulada por Max Weber entre *ética da convicção* e *ética da responsabilidade*, “duas máximas inteiramente diversas e irreduzivelmente opostas”. Quem se baseia na primeira traça suas ações simplesmente em suas opiniões e ideais pessoais: a pessoa faz aquilo que ela acredita – por algum motivo pessoal – que deva ser feito. O exemplo desenvolvido pelo sociólogo

⁵⁵ GOMES, Orlando. A evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 1., n. 1., p. 121-134, maio 2005. p. 132. Obs: artigo originalmente publicado como capítulo da obra *A Crise do Direito* (São Paulo, Max Limonad), em 1955.

⁵⁶ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 194.

⁵⁷ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 194-195.

⁵⁸ CRETELLA JR., José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 6-7.

para ilustrar essa questão é o caso de um sindicalista convicto, que crê que as atitudes que toma na luta contra seus patrões são necessárias e benéficas para a adequada proteção de si e de sua classe. Se algo nesse processo dá errado, porém, o sindicalista convicto irá responsabilizar o mundo, os homens, Deus ou qualquer outra coisa – mas jamais a si próprio, pois ele tomou suas decisões com base em suas convicções e isso impede a configuração de sua responsabilidade por essa falha. Já quem se pauta na ética da responsabilidade está mais preocupado com as consequências externas de seus atos do que propriamente com os motivos que o levaram a tomar tais decisões. Nas palavras de Weber, o ser responsável sabe “que não pode lançar a ombros alheios as consequências previsíveis de sua própria ação”.⁵⁹

O Estado de Direito, como é lógico deduzir, pauta-se pela ética da responsabilidade. O contrário seria algo incompatível com toda a base do regime jurídico-administrativo e até mesmo com os fundamentos da Teoria do Estado. Afinal, se ele não pode, de modo algum, dissociar-se da busca pelo interesse público (princípio da indisponibilidade), não se poderia cogitar da possibilidade de que pautasse suas ações unicamente em convicções pessoais (no caso, de seus dirigentes), sem se preocupar com as consequências que seus atos geram para toda a coletividade.⁶⁰ Sendo o principal responsável pelo equilíbrio geral das relações sociais humanas, o Estado, mais do que qualquer outra pessoa ou ente, deve obstinadamente se orientar pela ética da responsabilidade.

Lembre-se, nessa linha, que a ordem jurídica contemporânea, calcada na ideia de Estado Democrático de Direito, pressupõe sujeitos de direito (pessoas físicas ou jurídicas) livres. Isto é, que possuem capacidades de atuar livremente em suas relações interpessoais. O Direito, com isso, passa a pressupor, também, que esses sujeitos devem ser juridicamente responsáveis pelos atos e pelas condutas que tomarem no exercício de tal liberdade. É

⁵⁹ WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. Trad. Leônidas Hegenberg e Octávio Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 113-114.

⁶⁰ “O Estado é responsável na acepção de que está obrigado perante a sociedade e os órgãos de controle a arcar com as consequências de suas ações e omissões de adotar todas as providências destinadas a corrigir imperfeições verificadas”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1296

tomando isso como base que Eduardo Soto Kloss afirma que “quem diz Direito diz, pois, responsabilidade”.⁶¹

Como se vê, responsabilidade, em termos gerais, é a *qualidade daquele que está apto a responder pelas consequências que seus atos geram para si próprio e para terceiros*.

Assim, aproximando essa questão ao ponto de vista jurídico, percebe-se que a responsabilidade de um sujeito está ligada a submissão dele a um dever jurídico e as consequências decorrentes de seu descumprimento. É nesse mesmo sentido a preciosa lição de Marçal Justen Filho, para quem a responsabilidade “consiste num aspecto ou consequência da existência desse dever [jurídico] e seu conteúdo envolve a submissão do sujeito a arcar com os efeitos decorrentes da ausência de cumprimento espontâneo da conduta diretamente imposta a ele (ou a terceiro) como obrigatória”.⁶²

Dentro do amplo campo da responsabilidade jurídica existem espécies de responsabilização com diferentes naturezas. Tradicionalmente costuma-se dividi-las em responsabilidade civil, penal e administrativa. A doutrina mais atual, porém, já percebeu que essa divisão se tornou demasiadamente simplória para os dias atuais, inserindo, nesse grupo, uma série de outras espécies de responsabilidade.⁶³

O que importa salientar, diante disso, é que a natureza de cada espécie de responsabilidade é determinada a partir da natureza da infração cometida, da sanção aplicada ao agente que a cometeu e do sistema que apura a infração e aplica a sanção. Assim, se se trata de uma infração penal (crime ou contravenção penal), a que são aplicadas sanções penais (como a privação de liberdade ou a restrição de direitos) através de um sistema processual penal, a responsabilidade será de natureza penal. O mesmo acontece quanto às infrações administrativas, normalmente consagradas em atos infralegais e estatutos de servidores públicos. A responsabilidade civil, por consequência, seria aquela

⁶¹ SOTO KLOSS, Eduardo. La responsabilidad extracontractual del estado administrador: um principio general del derecho chileno. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 14, n. 21-22, p. 149-156. p. 151-152.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1295.

⁶³ Veja-se, nesse sentido, a tese acerca dos variados sistemas de responsabilização existentes na ordem constitucional de 1988 desenvolvida em: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

resultante de uma infração de natureza civil, que gera uma sanção cível e que é apurada através das normas processuais civis.

Isso, porém, não quer dizer que a única forma de responsabilização civil de alguém (seja pessoa física ou jurídica, de Direito Público ou Privado) seja a indenização monetária pelos danos causados. Tomando-se como referência a essência do conceito de responsabilidade civil, verifica-se não haver qualquer tipo de incoerência em concretizar essa responsabilidade através de obrigações de fazer ou de não fazer, as quais, do mesmo como a obrigação de pagar quantia certa, serão sanções destinadas a reprimir a prática do ilícito civil. A veiculação de uma campanha publicitária com conteúdo vexatório, por exemplo, é uma infração de natureza cível, mas que não necessariamente deve ser combatida (apenas) através da indenização pecuniária.

Essa equivocada identificação entre a responsabilidade civil e o dever de indenização decorre, na realidade, de uma outra confusão, anterior a esta: a unificação dos conceitos de ilicitude e dano.

Embora a imprecisa aceção dessas categorias seja verificada desde o Direito Romano, tornou-se muito mais visível com a ascensão do paradigma do Estado Liberal de Direito. Nesse período, o dogma no qual o Estado devia pautar sua atuação era o da não interferência na esfera de liberdade dos cidadãos. O Direito, nesse sentido, era voltado a restringir a atuação estatal, autorizando-a apenas quando isso se fizesse necessário para salvaguardar os direitos de liberdade (vida, propriedade, ir e vir, etc.). É por essa razão, portanto, que, à época do Estado Liberal, a ordem jurídica se importava apenas com os ilícitos que gerassem danos à esfera patrimonial dos cidadãos, o que acabou por gerar uma indevida assimilação entre esses dois conceitos.⁶⁴

A herança dessa identificação histórica foi a sua posituação nos diplomas legais que tratam do assunto. Judith Martins-Costa ensina que desde o Código Civil de 1916 “o exame doutrinário da ilicitude era feito, modo geral, a partir do seu efeito ‘natural’, qual seja, o nascimento do dever de indenizar [o dano]”.⁶⁵ Ainda que tenha vindo para alterar a lógica do art. 159 do Código de 1916 – segundo a qual existia uma relação inevitável entre

⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 104.

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045-Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>>. Acesso em 02/07/2016.

ato ilícito, dano e dever de reparação –,⁶⁶ o art. 186 do Código Civil de 2002 acabou por manter o mesmo engano conceitual.⁶⁷ Determina o referido dispositivo que comete ato ilícito quem “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”. Com isso, o Código continuou a eleger o dano como pressuposto existencial da ilicitude.

Como afirma Luiz Guilherme Marinoni, se o ilícito for analisado pela perspectiva do modelo tradicional de responsabilidade civil do Estado, é óbvio que vai ser correlacionado a um dano. Afinal, esse modelo de responsabilização preocupa-se apenas (ou majoritariamente) com o ressarcimento de danos.⁶⁸ Fogem de seu campo de atuação os casos nos quais, embora não ocorrido o dano, busca-se inibir ou remover os efeitos de um ato ilícito.

Dessa forma, pode-se dizer que “a associação do ilícito ao dano deriva do raciocínio de que a violação do Direito exige uma proteção contra o dano, seja de modo específico – isto é, quando for possível a recomposição *in natura* – ou através do equivalente em dinheiro”.⁶⁹ Com isso, ao se identificar o ilícito com o dano e, assim, possibilitar a atuação jurisdicional apenas após a ocorrência deste, ignora-se que o ato ilícito é um ato que viola a ordem jurídica, cuja integralidade também requer proteção, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais e extrapatrimoniais.

O tema da diferenciação entre ilicitude e dano nunca foi objeto de análises muito profundas por parte da doutrina,⁷⁰ que, via de regra, sempre acatou a identificação entre esses conceitos como se fosse algo natural. Há, evidentemente, algumas exceções. Pontes de Miranda, por exemplo, no seu clássico Tratado de Direito Privado, já indicava a existência de uma distinção entre esses dois conceitos: “não se identifiquem o delito (ato

⁶⁶ **Código Civil de 1916. Art. 159.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

⁶⁷ José de Aguiar Dias já criticava a redação desse dispositivo desde a tramitação legislativa do Projeto do Novo Código no Congresso Nacional: “o texto se me afigura realmente decepcionante. Se o que se pretendia era tratar separadamente do ato ilícito e da reparação do dano, ao contrário do art. 159, que tratava da obrigação de reparar baseada na culpa, houve um visível excesso na definição daquele, em cujos elementos integrantes não figura o dano, requisito, sim, da obrigação de reparar.” AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v. I. 11. ed. Atual. por Rui Belford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38-39.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 28.

⁶⁹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 209-210.

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 17.

ilícito) e a reparabilidade. Pode haver delito, ou melhor, ato ilícito, sem dano, e, pois, sem que se possa reclamar a reparação. Então, a ilicitude só permite [...] remédios preventivos dos danos à pessoa ou ao patrimônio”.⁷¹

De modo geral, porém, esses conceitos sempre foram compreendidos como se houvesse uma inevitável relação lógica entre eles. Foi apenas a partir da década de 1960, Itália, que realmente nasceu uma preocupação doutrinária em diferenciar esses dois institutos. E foi somente a partir dos estudos de civilistas e processualistas civis italianos, que juristas brasileiros passaram a prestar maior atenção nesse tema.⁷²

Essa discussão se desenvolveu na Itália em razão dos arts. 2599 e 2600 do Código Civil local.⁷³ Tais dispositivos tratam das tutelas oferecidas pelo ordenamento contra a concorrência desleal. A segunda dessas normas dispõe sobre o ressarcimento dos danos causados por concorrência desleal, que será devido pelo autor em caso de dolo ou culpa. O fator a gerar a discussão ora analisada encontra-se presente no primeiro dispositivo. Com efeito, no seu art. 2.599, o Código Civil italiano prevê que a sentença que reconhece a existência de atos de concorrência desleal, pode (ou deve) inibir a continuação dessa prática ou oportunizar as ferramentas necessárias para a eliminação dos efeitos provenientes do ato ilícito.

Com isso, estabelece expressamente a possibilidade de uma decisão judicial voltada à remoção do ilícito e de seus efeitos, independentemente da geração de danos (hipótese que, como visto, é regulamentada pelo dispositivo seguinte do Código). E, com isso, demonstra, ainda que de modo indireto, que esses conceitos não só podem, como devem ser analisados separadamente, uma vez que, no mundo real, manifestam-se como fenômenos distintos.

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. LIII. Direito das Obrigações: Fatos ilícitos absolutos. Atos-fatos ilícitos absolutos. Atos ilícitos absolutos. Responsabilidade. Danos causados por animais. Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 85.

⁷² É o que reconhece Sérgio Cruz Arenhart em ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 105.

⁷³ **Codice Civile Italiano. Art. 2599. Sanzioni.** *La sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti* (2600) – Sanções. A sentença que declara a concorrência desleal inibe sua continuação e dá as medidas necessárias para que seus efeitos sejam eliminados. Tradução livre.

Codice Civile Italiano Art. 2600. Risarcimento del danno. *Se gli atti di concorrenza sleale sono compiuti con dolo o con colpa, l'autore è tenuto al risarcimento dei danni* (2056) – Ressarcimento do dano. Se os atos de concorrência desleal são cometidos com dolo ou culpa, o autor é obrigado à promover o ressarcimento dos danos. Tradução livre.

Vittorino Petrobon, em obra monográfica destinada ao estudo da ilicitude, aduz que a palavra “ilícito” possui dois significados. Em uma linguagem mais comum, serve como adjetivo para qualificar uma ação ou situação não permitida por normas morais, éticas ou religiosas. Porém o termo também é usado como substantivo, para se referir a um *ato de uma pessoa (física ou jurídica) que contrarie o Direito*.⁷⁴

Um fato jurídico para ser ilícito, portanto, deve ter transgredido alguma norma (também jurídica). O ilícito é, logicamente, o não-lícito (*non licet*, segundo a origem latina do termo). Ou seja, aquilo que não é permitido pela Lei – e, em uma visão mais ampla, pelo ordenamento jurídico (o que, rigorosamente, faz com que seja mais adequado tratar o conceito como *antijuridicidade*). A produção de um dano, nesse sentido, não é requisito essencial para a conceituação do termo ilicitude.

Nada impede, é verdade, que haja hipóteses normativas nas quais a antijuridicidade do ato apenas se perfaz caso dele decorra um dano a alguém. É o caso dos danos (especiais e anormais) gerados a partir de atos administrativos lícitos. Em princípio, o ato é juridicamente perfeito. No entanto, quando analisado mais detidamente, percebe-se ter sido causador de um dano de modo especial e anormal, violando, assim, o princípio da equânime repartição dos ônus e encargos sociais. É nesse segundo momento, então, que se perfaz a antijuridicidade do ato, pois é apenas com a geração daquele dano que ele passa a violar a ordem jurídica.

Apesar disso, dano e ilicitude continuam sendo conceitos distintos. O que ocorre em casos como esses é apenas uma relação lógica de simultaneidade. O ato se torna antijurídico no momento em que os danos por ele produzidos atingem alguém de modo diferenciado. Se os danos fossem gerais e abstratos, todavia, seria impossível se falar da ilicitude do ato – o que comprova a diferença entre esses dois conceitos.

O dano, como já definido anteriormente, caracteriza-se por ser *uma lesão causada, por ação ou omissão, à esfera jurídica de alguém*. No caso de atos lícitos, o dano, para ser indenizável, deve (i) não ser algo inerente à vida em sociedade (atributo da anormalidade) e (ii) ser suportado por alguma(s) pessoa(s) de forma mais incisiva/significativa do que pelo resto da coletividade (atributo da especialidade). Pressupõe, de todo modo, a existência de um prejuízo jurídico injustamente suportado por alguém.

⁷⁴ PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fato illecito**: inibitoria e risarcimento. Padova: CEDAM, 1998. p. 1.

Cabe lembrar, nesse ponto, que nem todo dano é ilícito. Existem, no Direito Administrativo Brasileiro, hipóteses de danos lícitos (não apenas decorrentes de atos lícitos), como os casos de expropriação, para fins de reforma agrária, de imóveis particulares nos quais se comprove o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, nos termos do art. 243 da Constituição Federal.⁷⁵ Aqui, o particular sequer possui direito à indenização. Por entender que essas condutas impedem drasticamente o desenvolvimento social, a Constituição, em medida excepcional, classifica essa expropriação como um dano lícito ao particular, que não está legitimado a se infligir contra ele.

Quando se classifica o dano como pressuposto conceitual de ilícito, identifica-se a antijuridicidade com aquela que é, normalmente, a sua principal e mais sensível (no plano fático) consequência. Elencar o dano como prova da ilicitude demonstra a dificuldade – acima de tudo, cronológica – de se distinguir esses dois fenômenos.⁷⁶ A característica essencial do ato ilícito, portanto, é – e sempre será – a *violação ou transgressão do Direito*, enquanto que o evento danoso e o nexo de causalidade são elementos que devem ser considerados apenas como pressupostos necessários para que do ilícito possa derivar a obrigação de ressarcir o dano.⁷⁷ Assim, deve-se entender o ilícito como uma figura muito mais abrangente do que as situações de dano.

Outro fator que é absolutamente independente do conceito de ilicitude é a *culpa*. Com efeito, uma vez encarado o ato ilícito, conforme aqui defendido, simplesmente como ato transgressor do ordenamento jurídico, não se tem necessidade, para sua configuração, de perquirição acerca da culpa ou dolo. Como bem resume Sérgio Cruz Arenhart, “se o ilícito é um ato ou fato contrário a uma regra jurídica, este será verificado quando se

⁷⁵ **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 23.

⁷⁷ PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fato illecito**: inibitória e risarcimento. Padova: CEDAM, 1998. p. 6-7. O mesmo entendimento é reforçado por Antonella Miletto: “O ilícito é a violação de uma norma e qualquer menção ao dano pode, no máximo, ter a função de qualificá-lo, mas nunca de constituí-lo ou caracterizá-lo”. No original: “L’illecito infatti è la violazione di una norma e qualsiasi riferimento al danno e alla colpa può avere la funzione di qualificarlo ma non di costituirlo o di porlo in essere”. MILETTI, Antonella. **Tutela inibitoria individuale danno ambientale**. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 221. Tradução livre.

preenchem [ou se deixem de preencher, em casos de normas que tratem de obrigações de fazer] os requisitos descritos na regra, independentemente da valoração a respeito do *animus* ou da vontade que dá vida àquela conduta ou àquele evento”.⁷⁸

A unificação dessas categorias já foi comum, no tempo em que o combate ao ato ilícito se limitava aos instrumentos da responsabilidade civil ressarcitória. Nessa linha, a culpa era elemento considerado constitutivo da ilicitude pois o ato ilícito só poderia ser atacado quando tivesse sido cometido por imperícia, imprudência ou negligência do agente e gerado dano. Com o atual aumento das hipóteses de incidência da teoria da responsabilização objetiva,⁷⁹ porém, os conceitos de culpa e ilicitude estão inevitavelmente se desprendendo.⁸⁰

Em razão disso, essa separação entre a culpa e a ilicitude é tema que importa muito mais à responsabilidade civil do Direito Privado, onde ainda se aplica com maior vigor a teoria da responsabilidade subjetiva. O Direito Administrativo, desde a Constituição Federal de 1946, convive unicamente com o sistema de responsabilização objetiva, o que foi confirmado pelo o art. 37, §6º, da atual Constituição.

Assim, poderia parecer despropositada a afirmação de que culpa e ilicitude também são conceitos diversos. No entanto, boa parte da jurisprudência e da doutrina administrativista insiste em defender a aplicação da teoria da responsabilidade civil do Estado subjetiva nos casos de danos provenientes de uma omissão estatal, o que faz ser necessário esse apontamento.

Entre os doutrinadores que defendem essa posição estão alguns dos mais citados administrativistas brasileiros, como Celso Antônio Bandeira de Mello,⁸¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸² e Lúcia Valle Figueiredo.⁸³ Para eles, os casos de danos advindos de uma omissão do Estado devem ser analisados através da teoria da *faute du service*, já que,

⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 112.

⁷⁹ Para uma leitura crítica acerca da expansão do caráter objetivo da reponsabilidade civil, ver: MEILÁN GIL, José Luis. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: una revisión doctrinal. **A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 13-31, out./dez. 2014.

⁸⁰ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 206-207.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1031-1036.

⁸² PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 797-800.

⁸³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 281.

como visto, ela se aplica às situações em que o serviço público não funcionou, funcionou mal ou funcionou tardiamente. Traduzindo *faute*, do francês, como “culpa”, entendem que essa teoria pressupõe a necessidade do elemento subjetivo para a responsabilização. Baseiam-se, ainda, no medo de que, caso aplicada a teoria objetiva também para casos de omissão, “ante qualquer evento lesivo causado a terceiro [...] o lesado poderia sempre arguir que ‘o serviço não funcionou’”,⁸⁴ o que levaria o Estado à posição de um segurador universal – argumento, porém, de pronto insustentável, diante do fato de que a teoria da responsabilidade objetiva admite excludentes e atenuantes exatamente para evitar esse descontrole.

A partir da defesa de que, em casos de omissão, o Estado só poderia ser responsabilizado pelos advindos de seus atos ilícitos em caso de ter agido com culpa ou dolo, passaram a identificar também esses dois conceitos. Isso fica muito claro, por exemplo, na passagem em que Bandeira de Mello afirma que “é necessário que o Estado haja incorrido em *ilicitude*, por não ter ocorrido para *impedir* o dano ou por haver sido *insuficiente* neste mister, em razão de *comportamento inferior ao padrão legal exigível*”.⁸⁵

Apenas para que fique registrado, deve-se ressaltar que existe, no outro lado, uma série de (também renomados) doutrinadores administrativistas que entendem que a teoria objetiva se implica indistintamente aos casos de danos resultantes de ação ou omissão do Estado. É o caso, entre tantos outros, de Romeu Felipe Bacellar Filho,⁸⁶ Odete Medauar⁸⁷, Marçal Justen Filho⁸⁸, Emerson Gabardo⁸⁹ e Daniel Wunder Hachem.⁹⁰

Em trabalho conjunto, Gabardo e Hachem elencaram de modo sistematizado os principais argumentos que podem ser utilizados para refutar à tese de que a

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1033.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 1032.

⁸⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 216.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 418.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1313.

⁸⁹ GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ Luciano; MOTTA Fabrício (Org.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 266-270.

⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 59-71, out./dez. 2008. p. 66-67.

responsabilidade do Estado por omissão deveria ser subjetiva: **(i)** a teoria da *faute du service* não se refere, necessariamente, à teoria subjetiva, já que *faute* deve ser entendido como falta – e não como culpa; **(ii)** no Direito Francês, onde foi desenvolvida essa teoria, não é a omissão o critério utilizado para diferenciar a responsabilidade *pour faute* (por falta) e a *sans faute* (sem falta); **(iii)** até mesmo o Direito Francês admite a responsabilidade objetiva do Estado por omissão; **(iv)** a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §6º, foi clara ao escolher a teoria objetiva, não abrindo qualquer espaço de dúvida para aplicação da teoria subjetiva em casos de omissão.⁹¹

Além do embate doutrinário, a jurisprudência também não é nem um pouco pacífica quanto à aplicação de uma ou outra teoria nos casos de omissão estatal. Como demonstrou a pesquisa empírica realizada por Helena Elias Pinto, sequer é possível afirmar qual a posição majoritária no Supremo Tribunal Federal a respeito da modalidade que deve ser adotada nos casos de responsabilização civil do Estado por omissão, tamanha a instabilidade da jurisprudência pátria.⁹²

Apesar disso tudo – e de se concordar que a teoria objetiva também deve ser aplicada aos casos de omissão –, ainda que se considere que o mais correto, para essas situações, seja a utilização da teoria subjetiva, não se pode continuar a cometer o equívoco de tratar a antijuridicidade do ato e a culpa do agente que o cometeu como conceitos indissociáveis.⁹³ Como demonstrado acima, esses dois conceitos são essencialmente diversos. Enquanto um se preocupa, objetivamente, com o ato (para verificar se ele

⁹¹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 270-282.

⁹² Cf. PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão: na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁹³ Daniel Wunder Hachem é muito claro ao expor a diferença entre os conceitos de ilicitude/antijuridicidade e culpa: “A antijuridicidade se refere à contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico: descumprimento de uma prescrição normativa. A culpabilidade consiste na possibilidade de, naquela situação concreta, adotar-se uma conduta diversa: sendo possível, o comportamento será considerado reprovável perante o Direito e merecedor de uma sanção jurídica. O que está por trás da antijuridicidade é um confronto entre a conduta no mundo dos fatos e o comportamento descrito no enunciado normativo. Por sua vez, o que subjaz à culpabilidade e a possibilidade material de agir: sendo possível há culpa; não o sendo, não há culpa. Tratando-se de responsabilidade civil do Estado por omissão, é necessária a ocorrência de antijuridicidade – contrariedade ao sistema normativo – mas é irrelevante juridicamente a culpabilidade – existência de comportamento reprovável, por que no caso era possível adotar conduta diversa. Um exemplo pode ilustrar o que se está afirmando.” HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 38, abr. /jun. 2014. p. 23.

transgrediu, ou não, o ordenamento jurídico), o outro analisa, subjetivamente, as condições do agente causador do ato (para verificar se ele agiu de modo imperito, negligente ou imprudente).

Essas distinções, em que pese parecerem banais, são as bases para o sistema preventivo de responsabilização civil. É somente aceitando-se que responsabilidade, enquanto categoria jurídica, não está necessariamente ligada à prévia produção de danos e que a ilicitude de um ato também independe dos danos possivelmente dele decorrentes ou da culpa do agente que o praticou, que se poderá aceitar um modelo de responsabilidade, que, visando combater o ato ilícito em si, possa fazer isso antes da ocorrência de quaisquer danos – prevenindo-os, portanto.

CAPÍTULO 2 – OS PROBLEMAS ADVINDOS DE UM SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO MERAMENTE RESSARCITÓRIO

Como visto no capítulo anterior, o atual modelo de responsabilização civil do Estado adota o dano como seu elemento essencial e, ao fazer isso, opta por um sistema de responsabilização *repressivo*. A principal consequência disso é o fato de que as condenações do Poder Público referente a infrações civis via de regra são concretizadas através da técnica do *ressarcimento pecuniário*. Fruto do ideal liberal que forjou o modelo de responsabilização civil hoje vigente no Direito Administrativo brasileiro, esse instrumento parte dos pressupostos de que os juízes não devem interferir na liberdade alheia (através da imposição de obrigações de fazer ou de não fazer) e de que todos os bens jurídicos tutelados pelo ordenamento podem ser convertidos em pecúnia.

Uma crítica mais intensa a esse modelo será feita no capítulo 3. Antes disso, porém, é importante demonstrar algumas falhas inerentes a um sistema de responsabilização meramente ressarcitório, focando: **(2.1.)** na indiscutível escassez dos recursos públicos, o que supostamente pode fundamentar a utilização da teoria da reserva do possível como excludente da responsabilidade civil do Estado por omissão; **(2.2.)** do colapso vivenciado pelo sistema de precatório, através do qual a Fazenda Pública quita suas dívidas judiciais no Brasil, fenômeno que faz com que as vítimas de atuações lesivas do Estado recebam suas indenizações apenas longos anos após a ocorrência do evento danoso; **(2.3.)** da impossibilidade de se indenizar, através do ressarcimento pecuniário, danos causados (principalmente) a direitos fundamentais, em razão da natureza extrapatrimonial e transindividual que muitas vezes possuem.

Todas essas constatações fáticas são provas do principal pressuposto deste trabalho: *a necessidade de evolução e adaptação do instituto da responsabilidade civil do Estado às necessidades sociais contemporâneas*. Além do mais, o conhecimento sobre esses problemas serve também para fortalecer a argumentação acerca da necessidade de desenvolvimento de um modelo de responsabilização preventivo, já que, nesse hipotético paradigma, os fatos e adversidades a seguir analisadas não seriam processadas.

2.1. As limitações financeiras do Estado e a reserva do possível como excludente de responsabilidade: o super-trunfo da defesa estatal

Todos os ramos do Direito Público objetivam – cada qual com sua especialidade temática – regular as mais diversas esferas de relações entre o Estado e a sociedade. No âmbito do Direito Constitucional e Administrativo, uma das mais estudadas relações é aquela que se verifica quando do requerimento, por parte de um cidadão, dirigido ao Estado, que tem por objeto uma prestação fática do Poder Público. Nessas situações, analisa-se, sob diversos critérios, a possibilidade de o Estado despender recursos financeiros em prol de se atender o solicitado.⁹⁴

Com efeito, partindo das premissas de que (i) o Estado, na atual ordem jurídico-constitucional brasileira, é um ente indispensável para a realização dos direitos e objetivos fundamentais da República e que (ii) a estrutura administrativa do Estado, bem como todas as atividades públicas, só funciona através dos recursos financeiros captados da população por meio de tributos, a única conclusão a que se pode chegar é que (iii) os direitos só podem ser efetivados quando e onde houver condições orçamentárias para isso.⁹⁵

Inicialmente, essa problemática era estudada apenas no tocante aos direitos sociais. Os chamados direitos de liberdade eram compreendidos como direitos que simplesmente exigiam uma abstenção do Estado, o que não gerava discussões quanto às possibilidades financeiras do Poder Público de garanti-los. Porém, principalmente desde a célebre obra *“The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes”*,⁹⁶ publicada pelos americanos Stephen Holmes e Cass R. Sunsteins em 1999,⁹⁷ tornou-se inegável a constatação de que

⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 274-275.

⁹⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 204

⁹⁶ Ana Carolina Lopes Olsen afirma que com a obra de Holmes e Sunstein, a escassez de recursos públicos deixa de ser um elemento externo de limitação dos direitos, para se configurar como característica intrínseca a todos eles. Dessa forma, “a questão econômica foi trazida para o próprio âmago da existência dos direitos”, uma vez que “sem recursos, eles deixam de existir”. OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 189. Ainda, para uma análise do impacto da obra de Holmes e Sunstein no desenvolvimento da teoria da reserva do possível, ver: BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 213-244, jan./mar. 2014. p. 215-222.

⁹⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

todos os direitos exigem dispêndio de recursos financeiros para serem efetivados – inclusive os de liberdade.

Diante disso e, principalmente, do aumento da atenção jurídica conferida aos direitos sociais, teóricos de todas as vertentes do Direito Público começaram a se preocupar com as condições materiais de o Estado arcar com os seus objetivos constitucionais, uma vez que todos eles geram repercussões nas finanças públicas. Assim, passou a ser estudada com mais ênfase a teoria da chamada “reserva do possível”, que reclama atenção para o impasse existente entre a escassez dos recursos públicos e a necessidade de efetivação de direitos que exijam prestações financeiras.

Existem duas posições doutrinárias a respeito da origem da teoria da reserva do possível. A primeira delas, menos comum, é a de que esse instituto foi utilizado inicialmente no caso *Terrier*, julgado pelo Conselho de Estado Francês em 1903.⁹⁸ A segunda, muito mais difundida, entende que a reserva do possível tem origem na multicidada decisão *Numerus clausus*, do Tribunal Constitucional Alemão.

A bem da verdade, pouco importaria, atualmente, uma discussão sobre qual o tempo e o local de “nascimento” dessa teoria. Inclusive porque ela pode ter sido concebida tanto na França, como na Alemanha, em períodos distintos, em situações semelhantes ou não. Afinal, é comum que uma mesma ideia seja desenvolvida em dois lugares e momentos diferentes do mundo, sem haver uma relação direta entre eles. Assim, o relevante mesmo é estudar as bases da decisão que mais influenciou o Direito brasileiro. Como já se disse, a grande maioria dos doutrinadores – e também as decisões judiciais que tratam do tema – elenca a decisão do Tribunal Constitucional Alemão como a origem da reserva do possível, o que demonstra que ainda que a decisão do Conselho de Estado Francês no caso *Terrier* seja anterior a esta, ela parece não ter inspirado tanto os estudiosos brasileiros.

⁹⁸ Sobre o caso *Terrier*, Cf. LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 73-76. Defendem a tese de que o caso *Terrier* foi o primeiro no qual o Estado tentou se eximir de suas obrigações utilizando o argumento da reserva do possível autores como Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 243), Saulo Lindorfer Pivetta (PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74.) e Ana Lucia Pretto Pereira (PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do Possível**: Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional. Curitiba: Juruá, 2014. p. 99-100).

O caso *Numerus clausus* (BVerfGE 33, 303),⁹⁹ julgado em 1972, analisou o alcance do art. 12, §1º, da Lei Fundamental de Bonn, que garante que “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem”.¹⁰⁰ A partir desse dispositivo, candidatos a estudarem em Faculdades de Medicina da Alemanha – curso cujas vagas eram extremamente disputadas – se impuseram contra as regras de admissão das Universidades, afirmando que o modelo *numerus clausus* (de limitação de vagas) feriria o direito constitucional de escolher livremente o local de aprendizagem. A Corte Constitucional, porém, não acatou esse fundamento, utilizando a cláusula da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) como argumento para declarar a constitucionalidade do processo de seleção das Universidades contestadas. No entendimento ali consagrado, o número de vagas disponibilizado por aquelas instituições de ensino estava dentro daquilo que era razoável exigir delas – enquanto que a exigência de aumentar essa quantidade a ponto de poderem ingressar na Faculdade todos aqueles que desejavam cursar Medicina extrapolaria esse limite.

O mais importante da análise dessa decisão é entender que, para o Tribunal Constitucional Alemão, a essência da reserva do possível consiste *naquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir do Estado*. A reserva do possível, portanto, foi desenvolvida com uma relação muito maior com o *princípio da razoabilidade* do que com a *escassez de recursos* (fundamento de segundo plano no julgado, uma vez que a razoabilidade do sistema de ingresso decorre – também, mas não apenas – da impossibilidade financeira de se assegurar vagas em Faculdades de Medicina para todos os interessados).

O argumento da reserva do possível se fortalece no Brasil principalmente na década de 1990, quando, através de uma reforma na estrutura do Estado, influências do neoliberalismo passam a ser sentidas no Direito Público. Os defensores da redução do Estado por óbvio não eram favoráveis à ideia de que o Poder Público devia garantir aos cidadãos saúde, educação, moradia, previdência, assistência social, etc. Assim, a reserva do

⁹⁹ Para uma análise mais apurada do julgado em questão, Cf., entre outros: KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 69-71; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do Possível: Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 23-31; SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. v. 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 133-141.

¹⁰⁰ No original: “*Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen*” (tradução da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, realizada por Aachen Assis Mendonça, disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em 14 de julho de 2016).

possível desponta como a escusa perfeita para afastar o Estado de suas obrigações constitucionais de ordem social. Conforme analisa Ana Lucia Pretto Pereira, “a teoria da reserva do possível foi concebida, com efeito, com o claro intuito de tornar legítima a ausência do Estado quando o cidadão a ele precisasse recorrer”.¹⁰¹

Luciano Benetti Timm salienta o fato de que a teoria da reserva do possível é implementada no Brasil no momento em que se realiza uma maior aproximação entre o Direito e a Economia, uma vez que a ciência econômica representa, em linhas gerais, o estudo da eficiência na utilização de recursos escassos, com o objetivo de atender necessidades humanas – tema diretamente ligado à questão da eficácia dos direitos fundamentais.¹⁰²

Desde seu desenvolvimento pelo Tribunal Constitucional Alemão, a teoria da reserva do possível passou por sensíveis modificações, notadamente quando passou a ser aplicada em outros países. No Brasil, em razão do supracitado contexto de sua aplicação inicial, deu-se muito maior importância à sua faceta econômica, sendo inclusive tratada, muitas vezes, como “*reserva do financeiramente possível*”. Nesse sentido, passou a ser entendida como um fator de *restrição dos direitos fundamentais de cunho prestacional* baseado na *escassez de recursos* – seja ela real ou ficta.¹⁰³

Não se pode negar a validade da máxima de que existem no atual panorama da sociedade brasileira, de um lado, necessidades e desejos ilimitados e, de outro, recursos financeiros escassos. A reserva do possível, desse modo, deve ser entendida como a identificação do “fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”.¹⁰⁴ Ou seja, como um limite material das condições de efetivação dos direitos fundamentais. Afinal, de nada adiantará se, na prática, a despeito de bem elaboradas normas jurídicas e de refinada técnica hermenêutica, faltar dinheiro para a realização desses direitos.

¹⁰¹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do Possível: Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 34-35; 41.

¹⁰² TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 54

¹⁰³ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. v. 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 147-148.

¹⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 276-277.

O termo “escassez de recursos”, porém, é bastante vago. É indiscutível que o Estado não possui condições financeiras de atender a todas as necessidades sociais de todos os cidadãos brasileiros. Todavia, não é exatamente a escassez de recursos públicos que impossibilita a satisfação de *todas* essas necessidades. Dessa forma, para uma adequada compreensão das limitações financeiras do Poder Público, é necessário, antes, saber o que esse termo rigorosamente significa. Toma-se como parâmetro, para tanto, as lições do jusfilósofo Jon Elster, que elenca três espécies de escassez: (i) natural; (ii) quase natural; e (iii) artificial.¹⁰⁵

(i) A *escassez natural* é aquela decorrente da impossibilidade fática de se aumentar a oferta do bem ou produto demandado, como no caso de obras de arte raras. Elster cita, ainda, uma subespécie da escassez natural, que é a escassez natural suave. Nessa hipótese, a oferta até pode ser aumentada, mas não a ponto de suprir toda a demanda.

(ii) A *escassez quase natural*, por sua vez, caracteriza-se nos casos em que a oferta pode ser expandida até o grau de satisfação total da demanda, através de condutas não-coativas dos cidadãos. Um exemplo que ilustra essa categoria é o campo das doações de sangue.

(iii) A *escassez artificial*, por fim, é aquela que poderia até não existir caso o Poder Público desejasse aumentar a oferta. Advém, então, de uma opção política dos agentes públicos, normalmente relacionada à alocação de recursos.

É possível, portanto, agrupar essas três espécies em dois grupos, tomando por base a origem ausência de recursos: (a) um de *escassez real* (ou econômica), que albergaria a (i) escassez natural e a (ii) escassez quase natural, decorrente de efetiva inexistência de verbas (apenas variando quanto ao grau de possibilidade de satisfação da demanda com os recursos disponíveis), sendo uma situação imposta pela realidade concreta, independentemente de designios humanos; (b) e outro de *escassez ficta* (ou jurídica), consistente na escassez artificial, que existe apenas em razão das opções orçamentárias tomadas pelos legisladores e administradores públicos.¹⁰⁶

¹⁰⁵ ELSTER, Jon. **Local justice**: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens. New York: Russel Sage Foundation, 1992. p. 21-22.

¹⁰⁶ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. v. 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 218-219.

Percebe-se, assim, que a escassez real é condição que se impõe de maneira intransponível, uma vez que os recursos públicos são inegavelmente insuficientes para atender todas as necessidades sociais. Ocorre, porém, que muito raramente, em países como o Brasil, com alta carga tributária e com um PIB (Produto Interno Bruto) bastante elevado – e, por consequência, com grande receita –, a escassez para a efetivação de direitos fundamentais será de natureza real ou econômica. Na maior parte dos casos em que esse argumento é levantado pelo Estado, pode-se perceber que a ausência de verbas para a efetivação de determinado direito fundamental decorre, principalmente, de uma distribuição orçamentária que não privilegiou os objetivos constitucionais.¹⁰⁷

Dessa forma, constata-se que a reserva do possível vai além do sentido que lhe é comumente conferido no Brasil. Isto é, não diz respeito apenas às condições financeiras materiais do Estado, mas também às possibilidades políticas e jurídicas de se atender à determinada prestação.

Ingo Wolfgang Sarlet, nesse sentido, enxerga a existência de uma dimensão tríplice da cláusula da reserva do possível, que abrange (i) a *disponibilidade material* ou efetiva dos recursos; (ii) a *disponibilidade jurídica* dos recursos, ou seja, a possibilidade, em razão de normas orçamentárias, tributárias e administrativas, de determinar o modo de aplicação desses valores; (iii) a *razoabilidade* da prestação contra a qual se invoca o fundamento da reserva do possível. Tais aspectos relacionam-se estritamente entre si e com outros princípios constitucionais, fato do qual emerge, diante da busca pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, a necessidade de se entender a reserva do possível “não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional”.¹⁰⁸

A necessidade de que a pretensão prestacional seja razoável para que possa ser atendida faz com que ela deva não apenas ser financeiramente possível, como também “*logicamente possível*”. Ou seja, não se pode exigir do Estado aquilo que, tomadas as configurações estruturais da sociedade em um dado tempo e espaço, seja logicamente impossível de ser satisfeito. Assim, não é porque a Constituição prevê a saúde como direito

¹⁰⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. v. 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 219.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 288.

fundamental social que se poderá pleitear em juízo, em face do Poder Público, o fornecimento de remédio capaz de curar algum paciente do vírus da AIDS.¹⁰⁹

No Brasil, assim como em outros países que estão em estágio de desenvolvimento, deve-se atentar para quem tem a legitimidade de definir o que são as tais “prestações que um indivíduo razoavelmente pode exigir da sociedade”. Afinal, o contexto que se apresenta nesses países é muito diverso daquele no qual foi concebida a teoria da reserva do possível. As dificuldades sociais alemãs não são nem de longe tão graves quanto as brasileiras, o que reclama ainda maior cautela na importação desse conceito.¹¹⁰ Por esse prisma, entende-se que viola a cláusula da reserva do possível as pretensões que, uma vez satisfeitas, podem por em risco o princípio da isonomia pelo qual se pauta o Estado Social, ao impedir a efetivação de outros direitos tão ou mais essenciais que o requerido.¹¹¹

Isso ficou assentado na própria decisão paradigmática do Tribunal Constitucional Alemão no caso *numerus clausus*, quando se argumentou que uma determinação judicial de destinação de recursos públicos para possibilitar um aumento na oferta de vagas das Faculdades de Medicina de modo a abranger todos os possíveis interessados iria privilegiar uma parte restritíssima da população (a qual talvez nem fosse tão necessitada desse amparo estatal), o que poderia por em risco interesses legitimamente coletivos.¹¹²

Incide nesse ponto, portanto, o que Fabiana Okchstein Kelbert chama de *faceta negativa* da reserva do possível,¹¹³ que inverte a lógica pela qual normalmente se analisa esse tema. Geralmente esse argumento é utilizado para demonstrar que não existem meios materiais ou jurídicos de satisfazer a pretensão requerida por determinado cidadão. Em sua faceta negativa, entretanto, reclama atenção para o fato de que, não havendo recursos

¹⁰⁹ O exemplo é desenvolvido em: OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 204. Ana Lucia Pretto Pereira chama isso de *possibilidade técnica* de efetivação dos direitos fundamentais, o que elenca como um elemento da reserva do possível. Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do Possível: Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 60.

¹¹⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. p. 53.

¹¹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 222-223.

¹¹² SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Orgs.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho *et al.* Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. Disponível em <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2241>>. Acesso em 17/07/2016. p. 664.

¹¹³ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 87.

financeiros disponíveis para o atendimento de todas as necessidades sociais, determinadas solicitações de ordem prestacional deverão deixar de ser cumpridas para que não haja violações ao núcleo essencial de outros direitos fundamentais.

A principal dificuldade encontrada no âmbito de aplicação da reserva do possível no Brasil, entretanto, não é nem a questão das limitações materiais do Estado, nem a da razoabilidade das prestações requeridas pelos cidadãos. Como já dito, em um país como o Brasil o comum é que não falem recursos para atender as solicitações pretendidas pela população (ao menos as mais essenciais, ligadas ao *mínimo existencial*) e que esses requerimentos não extrapolem o limite do razoável. O maior problema, portanto, diz respeito às escolhas orçamentárias, ou seja, ao aspecto jurídico da reserva do possível.

A reserva do possível é apresentada, frequentemente, como uma grande desculpa pelo não atendimento da tarefa constitucional de efetivação de direitos fundamentais de cunho prestacional, pois, sendo uma limitação *supostamente fática*, é capaz de eximir os administradores públicos de sua responsabilidade política e jurídica pelo descumprimento dessas obrigações.¹¹⁴ No entanto, como salienta Ana Caroline Lopes Olsen, é “interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável”.¹¹⁵ Exemplos para isso não faltam no Brasil. Basta se lembrar da vultosa quantidade de recurso que é despendida, todos os anos, com publicidade estatal. Ou com a realização dos grandes eventos esportivos que o país está sediando nos últimos anos, como a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016. Isso, evidentemente, sem falar nas imensas quantias de recursos públicos desperdiçados com a corrupção.

Desse modo, a reserva do possível, salvo nos casos de efetiva comprovação de escassez econômica – o que ocorre apenas em situações muito excepcionais –, não deve ser entendida como barreira intransponível para a realização de prestações fáticas, mas, sim,

¹¹⁴ Observe-se, nesse sentido, o defendido por Paulo Caliendo: “A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouca restando para questionamento”. O autor ressalta, porém, a advertência de que “essa insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador”. CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 204.

¹¹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: Efetividade Frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 209.

como fator indicativo do modo pelo qual o Estado deve organizar suas prioridades orçamentárias.¹¹⁶

Uma vez que os recursos públicos são escassos, os legisladores e administradores públicos devem tomar as providências necessárias para que sejam aplicados em conformidade com o que a Constituição toma como prioritário.¹¹⁷ O Direito Internacional aponta expressamente para a necessidade de se respeitar determinados critérios quando da alocação das finanças públicas. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹¹⁸ e o Pacto de São José da Costa Rica¹¹⁹, por exemplo, prescrevem que os Estados signatários desses tratados deverão investir nas áreas ali descritas sempre o máximo de recursos disponíveis.

Lembre-se, ademais, que a Constituição Federal de 1988 elegeu um modelo de Estado Social de Direito para o Brasil. Isso fica claro, por exemplo, através dos *objetivos fundamentais da República*, positivados no art. 3º da Lei Maior. Da leitura desses dispositivos percebe-se que a justificativa central para a própria existência do Estado brasileiro é a busca pela redução das desigualdades sociais, regionais e culturais, com a garantia de que todos os cidadãos, independentemente de raça, sexo, credo e orientação sexual, possam viver uma vida digna. O art. 3º da Constituição Federal é, portanto, o maior

¹¹⁶ PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74. Clèmerson Merlin Clève segue a mesma linha quando afirma que “a reserva do possível não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstacularizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 29.

¹¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 284.

¹¹⁸ **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226/91 e promulgado pelo Decreto n 591/92). **Art. 2º. 1.** Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, *até o máximo de seus recursos disponíveis*, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

¹¹⁹ **Pacto de São José da Costa Rica** (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 27/92 e pelo Decreto nº 678/92). **Art. 26** - Desenvolvimento progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, *na medida dos recursos disponíveis*, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

indicativo de como devem ser aplicados os recursos públicos.¹²⁰ Ao decorrer do texto constitucional, a prioridade de alocação de recursos para a realização de políticas públicas voltadas a áreas sociais é reforçada em diversos outros dispositivos, como, por exemplo, no art. 195,¹²¹ no art. 204¹²² e no art. 212.¹²³

Todavia, deve-se reconhecer que, ainda que dentro das preferências constitucionais relativas à alocação dos recursos orçamentários, é difícil se determinar com critérios precisos qual a decisão mais atende aos objetivos constitucionais. O Estado deve buscar com mais prioridade a efetivação do direito à saúde ou do direito à educação? Ou, ainda, dentro do específico campo do direito à saúde: as verbas públicas devem ser destinadas com mais prioridade, por exemplo, para a pesquisa de tratamento de doenças raras ou para o planejamento de políticas públicas de medicina preventiva? Deve-se admitir que não existe uma resposta abstrata para essas (e tantas outras) questões. Sobretudo porque a solução para esses problemas varia intensamente de região para região, principalmente em países de dimensões continentais como o Brasil, onde existe uma severa desigualdade regional.

A escolha nesse ponto é, pois, essencialmente, política. Não sendo possível satisfazer todas as áreas protegidas com especial zelo pela Constituição, são os parlamentares e os administradores públicos os responsáveis pela tomada das decisões que

¹²⁰ Tais exigências constitucionais demonstram a inserção da Constituição Federal de 1988 em um fenômeno mais amplo, que atinge países de todo o mundo, concernente na promulgação de cartas constitucionais que tenham o condão de direcionar os representantes políticos do futuro para a instituição de uma sociedade mais justa e democrática. Como lembra Gilberto Bercovici, “several constitutions enacted in the 20th and 21st centuries in peripheral countries seek to bind the legislature to a constitutional project, thus establishing a political line of action that ensures the progressive construction – through the law – of a new social and economic reality, therefore overcoming underdevelopment.” BERCOVICI, Gilberto. *Revolution through Constitution: the Brazilian’s directive Constitution debate*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. p. 7.

¹²¹ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais [...].

¹²² **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 204.** As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

¹²³ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 212.** A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

definirão a distribuição desses recursos,¹²⁴ pois são as autoridades dotadas de legitimidade democrática para tanto.

Esse processo de definição das escolhas orçamentárias, porém, deve ser debatido ainda mais democraticamente, com a inclusão, no debate, da própria sociedade civil, que é quem vai em última análise sofrer as consequências dessas decisões. Além disso, fica facilitado, desse modo, a escolha dos direitos e bens jurídicos que serão tutelados pelo Estado com maior prioridade.¹²⁵

Como lembra Ingo Wolfgang Sarlet, é exatamente quando existe uma escassez de recursos que se deve promover com grande ênfase o debate acerca da destinação das verbas disponíveis,¹²⁶ uma vez que, nessa hipótese, não se podendo atender todas as necessidades sociais, escolhas orçamentárias deverão ser realizadas. Paulo Caliendo também defende, nesse sentido, que “a ponderação deve ser considerada o método primordial para garantir a adequada e justificada alocação de recursos finitos em uma sociedade democrática”.¹²⁷

De fato, é apenas através de um processo *democrático*, no qual a sociedade civil possa se manifestar a fim de pontuar seus interesses e suas necessidades, que se poderá definir as escolhas orçamentárias que traduzirão as opções políticas de destinar os recursos para maior proteção de uns – em detrimento de outros – direitos. Essa definição, com efeito, será resultado do sopesamento entre os diversos bens jurídicos que reclamam recursos orçamentários para sua concretização, motivo pelo qual esse processo sempre deve ser pautado conforme as preferências traçadas pelo texto constitucional.

Deve-se lembrar, a esse ponto, que o reconhecimento da característica de *jusfundamentalidade* aos direitos sociais¹²⁸ (aqueles contra os quais mais se utiliza o argumento da reserva do possível) no Brasil não teve como base inicial uma vasta disponibilidade de recursos financeiros. A “constitucionalização” desses direitos é uma

¹²⁴ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do Possível: Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 66-67.

¹²⁵ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 67.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 362.

¹²⁷ CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 208.

¹²⁸ Sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais, Cf. HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 40, p. 90-141, ago./out. 2013. p. 91-95.

decorrência da cláusula do Estado Social de Direito, que tem por finalidade máxima a redução das desigualdades sociais. Assim, a busca pela efetivação desses direitos acompanha um processo de crescimento do Estado, pois para se gastar mais, é preciso arrecadar mais.

Estando o Estado brasileiro configurado sob essa lógica, a alocação da (agora, sim) vasta quantidade de recursos públicos disponíveis, arrecadados principalmente através da atividade tributária do Poder Público, deve se pautar pelos objetivos do Estado Social. Isso, evidentemente, não significa que os indivíduos poderão requerer prestações desarrazoadas da Administração Pública. Por outro lado, porém, esse contexto demonstra que “a reserva do possível é argumento que só poderá ser aceito excepcionalmente, pois não configura uma regra” no ordenamento jurídico vigente.¹²⁹

Desse modo, ao mesmo tempo em que é fator limitante e restritivo de direitos fundamentais, a reserva do possível, se adequadamente compreendida e corretamente aplicada, pode também servir como escudo garantidor da eficácia de direitos, mormente quando, ressalvadas as hipóteses de posições jurídicas jusfundamentais reguladas normativamente ou albergadas pelo mínimo existencial, diante de situação de escassez financeira, o atendimento de uma prestação fática, puder colocar em risco o núcleo essencial de outro direito fundamental.¹³⁰

Diante de todo o exposto até aqui, já se mostra inegável que a reserva do possível constitui um fator de limitação dos direitos fundamentais. Essa restrição, porém, incide apenas sobre o que Daniel Wunder Hachem chama de “*espaços não normatizados*”. Ou seja, se a prestação invocada como direito subjetivo do cidadão estiver assim prevista na Constituição, nas leis ou em atos administrativos ou, ainda, se embora não normatizada, fizer parte da parcela daquele direito essencial à garantia de uma vida minimamente digna (mínimo existencial), não poderá o Poder Público alegar a falta de recursos como argumento para justificar a negativa da concessão pleiteada.¹³¹ A justificava para isso é

¹²⁹ KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 76.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 288.

¹³¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 552.

bastante simples: se o Estado previu, em algum ato normativo seu, o direito subjetivo a uma determinação prestação fática, deve preparar o seu orçamento de modo a possibilitar o atendimento das necessidades sociais referentes a esse direito; e se, apesar de não prevista normativamente, essa prestação estiver albergada pelo que pode ser considerado como mínimo existencial, a sua concretização deverá ser vista como uma das mais importantes tarefas do Poder Público, já que, nessa hipótese, uma inação estatal levará à violação inquestionável da dignidade da pessoa humana.

No entanto, apesar disso e do amplo reconhecimento doutrinário de que a reserva do possível deve ser entendida como fator indicativo do modo de alocação dos recursos públicos, com o objetivo de que as escolhas orçamentárias sempre estejam de acordo com as áreas sociais e econômicas prioritariamente protegidas pela Constituição Federal, é muito comum que a Fazenda Pública, quando se defendendo em ações de responsabilidade civil do Estado, utilize essa cláusula como mero argumento para excluir sua responsabilidade.

Esse argumento estatal, é verdade, possui certo embasamento acadêmico. Existem, na defesa dessa linha, doutrinadores que, quase como uma derivação do elemento subjetivo de culpa ou dolo, elencam como quarto requisito necessário para a configuração da responsabilidade civil do Estado por omissão a “possibilidade material de agir”.¹³² Ou seja, para que possa ser responsabilizado por danos causados por uma omissão sua, o Estado deveria gozar de condições materiais – financeiras, jurídicas e fáticas – necessárias para agir, de modo a cumprir o determinado pela norma jurídica desrespeitada.

No Brasil, administrativistas de renome defendem expressamente a utilização da reserva do possível como fator excludente da responsabilidade civil do Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, alinhando-se à corrente da teoria subjetiva da responsabilidade por atos omissos do Poder Público, afirma o seguinte: “a dificuldade da teoria diz respeito à *possibilidade* de agir; tem que se tratar de uma conduta que seja *exigível* da Administração e que seja *possível*. [...] Tem aplicação, no caso, o *princípio da reserva do possível*, que constitui aplicação do princípio da razoabilidade: o que seria razoável exigir do Estado para

¹³² É o caso, por exemplo, do administrativista argentino Jorge Luis Salomoni: SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

impedir o dano”.¹³³ Também a linha da utilização da reserva do possível como excludente de responsabilidade – ainda que com algumas divergências teóricas pontuais – autores como Juarez Freitas¹³⁴ e Paulo Modesto.¹³⁵

Wálber Araújo Carneiro é outro que defende expressamente que, em casos de não cumprimento de uma política pública ou de não concretização de uma prestação, a reserva do possível pode ser utilizada como excludente da responsabilidade do Estado. Para ele, “a escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizada, como um excludente para a efetivação da medida”.¹³⁶

Há, evidentemente, doutrinadores que também se atêm a essa matéria, mas para se posicionar no lado contrário. Romeu Felipe Bacellar Filho é um dos que expressamente repudiam a utilização da reserva do possível como fator excludente ou atenuante da responsabilidade civil do Estado. Segundo Bacellar Filho, quando o Estado invocar o argumento da insuficiência de recursos financeiros, o que deve ser feito é a busca, no momento da execução do dano, de meios viáveis de concretizar a indenização, tendo em vista as circunstâncias fáticas que impedem o enfrentamento total e imediato da pendência.¹³⁷

Daniel Wunder Hachem também não entende possível que a reserva do possível configure a exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado. Para ele, isso seria defender a incidência da teoria subjetiva, o que reputa insustentável no atual ordenamento jurídico brasileiro. De fato, admitir que o Estado pode ser responsabilizado apenas quando os danos que causar forem gerados a partir de situações nas quais ele reúna condições materiais de agir, é o mesmo que advogar pela necessidade de comprovação de negligência na conduta do Poder Público. Afinal, se o Estado poderia ter agido, uma vez que possuía as

¹³³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 655.

¹³⁴ FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 178.

¹³⁵ MODESTO, Paulo. Responsabilidade civil do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p. 291-308, jan./mar. 2002.

¹³⁶ CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, vol. 14, p. 371-388, jan./dez. 2004. p. 383.

¹³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 243.

condições financeiras para isso, e mesmo assim não agiu, é porque foi negligente. Por outro lado, porém, se não tinha como agir, não há como se lhe imputar a negligência.¹³⁸

Hachem reconhece, porém, que apesar de toda a defesa doutrinária e jurisprudencial acerca das cautelas que devem ser tomadas quando da utilização da cláusula da reserva do possível como argumento de defesa do Estado, é inevitável que, em determinadas situações, o Poder Público, por equivocadas escolhas de prioridade orçamentária, não possua condições financeiras para atender os feixes de posição jurídica jusfundamental sobre os quais não incidem essa cláusula. No entanto, isso não pode ser encarado como excludente ou atenuante da responsabilidade do Estado. A teoria da responsabilidade civil objetiva é clara: tendo causado dano a alguém através de uma conduta antijurídica, o Poder Público estará obrigado a indenizar a vítima.¹³⁹

Pode-se dizer, então, que, sob as lentes da teoria objetiva, o não atendimento, por parte do Estado, de prestações fáticas asseguradas normativamente ou que integrem o mínimo existencial, em razão de suposta escassez financeira, importa em sua responsabilização civil.

O Supremo Tribunal Federal também já teve oportunidade de se manifestar sobre a matéria, ainda que indiretamente, como questão secundária.¹⁴⁰ Embora não se possa reconhecer a existência de uma verdadeira *jurisprudência* formada sobre o assunto, pode-se perceber uma tendência hermenêutica na linha de refutar a utilização da reserva do possível como fator excludente da responsabilidade civil do Estado.

No paradigmático julgamento da ADPF nº 45, o relator da ação, Ministro Celso de Mello, pontuou expressamente, em determinado trecho de seu voto, que a reserva do possível, salvo no caso de comprovada impossibilidade fática de se atender a prestação

¹³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Estudios Constitucionales**, Santiago, año 12, n. 1, p. 285-328, jan./jun. 2014. p. 322.

¹³⁹ HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Estudios Constitucionales**, Santiago, año 12, n. 1, p. 285-328, jan./jun. 2014. p. 322-333.

¹⁴⁰ Ana Lucia Pretto Pereira cita alguns outros julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais os Ministros repudiaram a tentativa do Poder Público de utilizar o argumento da reserva do possível para se eximir de suas responsabilidades. Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do Possível: Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 90-91. Também é interessante, nesse ponto, conhecer a jurisprudência da Suprema Corte a respeito da aplicação da teoria do mínimo existencial, uma vez que ela é comumente utilizada como barreira para a incidência da cláusula da reserva do possível. Sobre o tema, ver: SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

solicitada, “não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais”. Segundo o Ministro, a tentativa de utilizar a reserva do possível como mero argumento de defesa em processo judicial é ainda mais repugnante quanto da omissão estatal “puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade”.¹⁴¹ Na leitura de Luís Fernando Sgarbossa, o Supremo Tribunal Federal, nesse julgado, consagrou o entendimento de que “não é lícito ao Poder Público a criação artificial de obstáculo, por manipulação indevida da atividade financeira ou político-administrativa, com a finalidade de frustrar a concretização dos direitos que traduzem as condições materiais mínimas de existência”.¹⁴²

Como visto, há uma tentativa, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, de impedir a utilização descabida do argumento da reserva do possível como excludente da responsabilidade civil do Estado, seja porque (i) na maior parte das vezes a escassez alegada pelo Poder Público é ficta, resultado de escolhas orçamentárias mal formuladas, seja porque (ii) isso seria aceitar a incidência da teoria da responsabilidade subjetiva.

No entanto, apesar desses esforços, o Estado insiste em se utilizar de um problema real (a escassez de recursos públicos) para se eximir de suas responsabilidades legais e constitucionais, mormente quando alguma omissão sua causa danos a terceiros.

Nesse sentido, o sistema de responsabilização civil do Estado baseado unicamente na tutela ressarcitória pecuniária mostra-se ineficiente, ao passo que faz com que a vítima deva se confrontar com os problemas acima descritos antes de realmente ser ressarcida pelos danos que sofreu. A instituição de um modelo preventivo, portanto, faria com que o argumento das limitações financeiras do Poder Público não fosse, em regra, um obstáculo tão difícil de ser superado.

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 45/DF. **Rel. Min. Celso de Mello**. J. 29/04/2004. DJ. 04/05/2004.

¹⁴² SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. v. 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 167.

2.2. Regimes de precatórios no Brasil: a ineficiente execução da tutela ressarcitória na forma pecuniária em face da Fazenda Pública

No Brasil, os processos de execução de obrigações de pagar quantia certa promovidos em face da Fazenda Pública seguem um regime totalmente peculiar em relação às execuções de pessoas privadas. O regime adotado para o Poder Público no Brasil difere-se, também, do seguido por qualquer outro país, o que contribui ainda mais para a sua peculiaridade. Apesar de parecer estar baseado em premissas jurídicas louváveis, o regime de precatórios se tornou um grande impasse na concretização dos direitos materiais jurisdicionalmente reconhecidos dos cidadãos.

As duas primeiras Constituições brasileiras (datadas dos anos de 1824 e de 1891) não trataram do tema da execução de quantia certa contra a Fazenda Pública, o que criou um contexto de grande insegurança jurídica e social, já que não se sabia como o Estado poderia proceder para quitar as dívidas que lhe eram impostas judicialmente. É lógico que rapidamente se desenvolveu, nesse cenário, um sistema de favorecimentos pessoais,¹⁴³ vez que, à época, os instrumentos de controle da atividade administrativa não eram tão apurados como são atualmente, o que permitia que a Administração Pública atuasse de modo mais subjetivo, violando-se sobremaneira o princípio da impessoalidade.

A Constituição de 1934 foi a primeira, então, a prever a sistemática dos precatórios para a resolução das condenações judiciais da Fazenda Pública.¹⁴⁴ Procedeu, porém, de maneira tímida, limitando esse modelo às dívidas da União Federal, prevendo que o Presidente do Supremo Tribunal Federal era a única autoridade competente para a expedição dessas ordens requisitórias (fatos que só foram alterados com a Constituição de 1946) e conferindo ao Presidente da República a prerrogativa de delimitar a parcela do

¹⁴³ DELGADO, José Augusto. Execução de quantia certa contra a Fazenda Pública. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 15, n. 57, p.13-23. jan./mar. 1990. p. 13.

¹⁴⁴ Como ensinam Jorge de Oliveira Vargas e Laércio Cruz Uliana Junior, o sistema de precatórios foi moldado constitucionalmente para por fim às imoralidades praticadas pelos administradores públicos que, à margem de qualquer regulamentação explícita, direcionavam os pagamentos aos créditos detidas pelas pessoas com mais influência na sociedade e na política. Apesar disso, como se verá mais adiante, após diversas alterações legislativas que visaram, frustradamente, aperfeiçoar esse sistema, é inegável o reconhecimento de que ainda predomina a insatisfação dos credores. Cf. VARGAS, Jorge de Oliveira; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. Precatório: moeda ou mero pedaço de papel? **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 7, n. 41, 173-182, set./out. 2009. p. 174.

orçamento destinada ao pagamento dos precatórios (liberdade extinta com a Constituição de 1967).¹⁴⁵

A Constituição de 1988 tratou da matéria, em seu texto original, no art. 100.¹⁴⁶ Segundo esse dispositivo, os entes federativos condenados judicialmente a uma obrigação de pagar quantia certa deveriam inserir, no orçamento do exercício seguinte – ou, quando a inscrição do precatório se der após o dia 1º de julho, no posterior ao seguinte –, dotação referente ao pagamento daquele valor. Esse regime diferenciado de execução decorre de algumas características próprias do regime jurídico-administrativo adotado no Brasil.

Como se sabe, o grande objetivo dos processos de execução de obrigação de pagar quantia certa é fazer com que o devedor pague o montante reconhecido como de direito do credor. Na regra geral, caso o pagamento da obrigação fixada judicialmente não ocorra de modo espontâneo, o Poder Judiciário estará autorizado a proceder a expropriação forçosa dos bens do devedor, nos termos do art. 825 do Código de Processo Civil.¹⁴⁷

Quando o devedor é o Estado, porém, o procedimento é substancialmente diverso. Em que pese o objetivo continue o mesmo (satisfazer o crédito), a Fazenda Pública não apenas não está liberada para providenciar o pagamento voluntário da dívida, como também não pode ter seus bens expropriados forçosamente por parte do Poder Judiciário.

O principal fundamento para isso é a cláusula de impenhorabilidade dos bens públicos,¹⁴⁸ justificada pela finalidade pública a que se destina um bem pertencente ao Estado. Conforme leciona, há anos, a doutrina mais tradicional,¹⁴⁹ se determinado bem está

¹⁴⁵ DELGADO, José Augusto. Execução de quantia certa contra a Fazenda Pública. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 15, n. 57, p.13-23. jan./mar. 1990. p. 13-14.

¹⁴⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 100** à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

¹⁴⁷ **Código de Processo Civil** (Lei nº 13.105/15). **Art. 825**. A expropriação consiste em: **I** - adjudicação; **II** - alienação; **III** - apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.

¹⁴⁸ Conforme ensina Antônio Flávio de Oliveira, sendo lógico que o processo de execução de cada dívida judicial da Fazenda Pública não poderia aguardar a edição de lei específica que permitisse a alienação de um determinado bem público, procedeu-se à criação de um sistema próprio e adequado às peculiaridades do regime jurídico-administrativo encontrado no Brasil. OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Precatórios: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 35.

¹⁴⁹ Opondo-se a essa doutrina mais tradicional, Floriano de Azevedo Marques Neto desenvolveu mais recentemente tese versando sobre o regime jurídico das utilidades conferidas aos bens públicos, que toca, também, em uma revisão da cláusula de impenhorabilidade destes. Cf. MARQUES NETO, Floriano de

cumprindo uma função de interesse público, não se permite – com base nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público – que ele seja alienado ou penhorado para satisfazer o crédito judicial de um particular.

Segundo a análise crítica de Marçal Justen Filho, entretanto, a característica de impenhorabilidade dos bens públicos é decorrência do sistema de privilégios reconhecidos, desde a época das ordenações portuguesas, aos nobres ligados ao Estado.¹⁵⁰ Foi como fruto disso, então, que a Constituição de 1824 previu que a penhora de bens públicos precederia de autorização legislativa.¹⁵¹ Vê-se, portanto, que o setor público no Brasil sempre foi tratado com uma supremacia injustificável em relação ao privado. E aqui, evidentemente, não se fala do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*.¹⁵² Pelo contrário, o problemático contexto dos precatórios no Brasil privilegia mais os interesses particulares do Estado-administração e de seus governantes do que os próprios interesses públicos da coletividade, que fica, por anos, à espera da satisfação de seus créditos.

Em outro estudo, Justen Filho alerta para o fato de que a impenhorabilidade dos bens públicos não é, em sua visão, a premissa fundamental do regime de precatórios. Afinal, essa característica nem entraria em cena caso a Fazenda Pública cumprisse com seu dever processual de pagar imediatamente suas condenações judiciais, uma vez que a penhora só é possível na hipótese de o dever não dar cumprimento voluntário à ordem judicial.¹⁵³ Dessa forma, o problema basilar de todo esse caótico sistema parece ser, na verdade, o absurdo volume de condenações pecuniárias das Fazendas Públicas em face das limitadas condições financeiras delas, motivo pelo qual o atual modelo de responsabilização civil do Estado, baseado unicamente nas tutelas ressarcitórias na forma monetária, deve ser revisto.

Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 386-413.

¹⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios**: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 59.

¹⁵¹ **Constituição Política do Império do Brasil** (1824). **Art. 15.** E' da attribuição da Assembléa Geral: [...] **XV.** Regular a administração dos bens Nacionaes, e decretar a sua alienação.

¹⁵² Sobre o tema, Cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. Regime jurídico da liquidação das dívidas do Poder Público (precatórios e requisições de pequeno valor). In: MARTINS, Ivens Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Financeiro**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 319.

No sistema vigente,¹⁵⁴ após o trânsito em julgado de decisão que condena o Estado a pagar quantia certa, o juiz da execução deve determinar a expedição de precatório, o qual é encaminhado ao Presidente do Tribunal competente. Após o devido processamento do precatório segundo as normas do regimento interno do Tribunal, o Presidente comunica a sua existência ao Poder Legislativo, requerendo a inclusão de dotação orçamentária apta a satisfazer seu adimplemento. O precatório, então, é tecnicamente a “*solicitação que o juiz da execução faz ao Presidente do Tribunal respectivo para que este requirite verba necessário ao pagamento do credor de pessoa jurídica de direito público, em face de decisão transitada em julgado*”.¹⁵⁵ Se o precatório, como já se disse, for apresentado até o dia 1º de julho, a verba deverá ser incluída no orçamento do ano seguinte. Se for após esse período, a inclusão deverá ser feita no orçamento do ano subsequente ao seguinte. Fechado o orçamento com as verbas necessárias ao pagamento dos precatórios inscritos, eles serão pagos por ordem cronológica, sendo vedada a indicação de casos ou pessoas.

Esse sistema é uma previsão idealista, deslocada da realidade fática, que desconsidera as práticas antiéticas com as quais a Administração Pública brasileira historicamente se relaciona com seus cidadãos. Com o tempo, o sistema originalmente previsto pela Constituição mostrou-se insuficiente diante das complexidades impostas pelo cotidiano. Deu-se desenvolvimento, assim, a uma série de regimes especiais de pagamentos de precatórios, voltados (pretensamente) para a instituição de modelos mais eficientes.

¹⁵⁴ Jorge de Oliveira Vargas e Laércio Cruz Oliveira Junior entendem que existem duas diretrizes constitucionais básicas acerca do atual sistema de precatórios. A primeira é a de que o Estado está obrigado a incluir no orçamento do seguinte – ou, no máximo, do subsequente ao seguinte – a verba necessária para pagamento de todos os precatórios emitidos em um determinado ano. A segunda é a de que, a fim de satisfazer o crédito de alguém, o Estado não poderá sacrificar o atendimento mínimo a direitos essenciais da população. A impossibilidade material de pagamento dos precatórios, porém, deveria, em sua visão, ser plenamente justificada – o que admitem não ocorrer atualmente, o que faz com que o art. 100, §1º da Constituição perca sua força obrigatória. VARGAS, Jorge de Oliveira; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. *Precatório: moeda ou mero pedaço de papel?* **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 7, n. 41, 173-182, set./out. 2009. p. 176.

Ainda que louvável a intenção dos doutrinadores em buscar proteger ao máximo à eficácia dos direitos fundamentais dos cidadãos em geral, essa proposição, que busca sobrepor esse interesse público ao que reputa ser um interesse privado, merece análise mais cuidadosa. Afinal, não se deve esquecer que boa parte dos precatórios pendentes de pagamento hoje são resultado de processo judicial no qual o Estado foi condenado a indenizar determinado(s) cidadão(s) em razão de ter operada violação a sua esfera jurídica jusfundamental. E, nesse caso, existe a agravante de que a violação não apenas já se deu e já foi reconhecida pelo Poder Judiciário, como o cidadão está a esperar, há anos, pela devida reparação. Colocar o pagamento precatórios em segundo plano dentro das obrigações materiais do Estado é, portanto, desrespeitar pela segunda vez um direito de algum cidadão, o que não pode ser legitimado pela ordem constitucional.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 534.

O *primeiro regime especial*, na verdade, foi instituído junto com a promulgação da Constituição em 1988, o que indica inclusive a falência pretérita dessa lógica executória. Já em seu texto original, no art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT),¹⁵⁶ a Constituição previu que os precatórios judiciais pendentes de pagamento até a data de sua promulgação poderiam ser pagos em prestações anuais, iguais e sucessivas, por um prazo de até oito anos, ressalvados os créditos de natureza alimentar.

O *segundo regime especial* se deu com a Emenda Constitucional nº 30/2000. Reconhecendo-se que o regime especial do art. 33 do ADCT não estava sendo suficiente para pôr em ordem o pagamento das dívidas judiciais do Poder Público, o constituinte reformador inseriu no ADCT o art. 78,¹⁵⁷ que determinou que – ressalvados os créditos de pequeno valor, os de natureza alimentícia e os de que tratou o regime especial anterior – os precatórios pendentes de pagamento à data de promulgação da Emenda, bem como aqueles decorrentes das ações ajuizadas até 31/12/1999, poderiam ser parcelados em até 10 anos. Visando maior eficiência, a EC nº 30/2000 previu, ainda, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora no caso de descumprimento do parcelamento¹⁵⁸ e a possibilidade de o Judiciário sequestrar recursos públicos para satisfazer os credores em determinadas situações.¹⁵⁹ Apesar disso tudo, na prática o que a EC nº 30/2000 fez “foi

¹⁵⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 33 do ADCT.** Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição.

¹⁵⁷ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 78 do ADCT.** Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

¹⁵⁸ Jorge de Oliveira Vargas e Laércio Cruz Oliveira Junior entendem que atribuir esse poder liberatório aos precatórios é o mesmo que lhes conferir natureza de moeda de curso legal para pagamento de tributos. Apesar de reconhecerem que se trata de uma moeda *sui generis*, por poder ser utilizada apenas na hipótese de abatimento de dívidas tributárias, chegam a afirmar que a negativa, por parte do Estado, de seu “recebimento” caracteriza a contravenção penal de recusa de moeda, prevista no art. 43 da Lei de Contravenções Penais. VARGAS, Jorge de Oliveira; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. Precatório: moeda ou mero pedaço de papel? **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 7, n. 41, 173-182, set./out. 2009. p. 178.

¹⁵⁹ Para uma análise mais detalhada das hipóteses de sequestro dos recursos públicos, Cf. CASTRO, José Nilo de; RODRIGUES, Tais Erthal; REIS, Luciana Andrade. Precatórios: sequestro dos recursos financeiros da entidade devedora: possibilidade restrita aos casos estabelecidos no art. 100, §2º, da CR/88 e art. 78, §4º, do

legitimar a situação de não pagamento ao conferir nova moratória à entidade devedora que, a depender de sua exclusiva boa vontade, poderia parcelar agora em mais *10 anos* os valores até então não pagos. Consagração, na verdade, do chamado ‘calote dos precatórios’”.¹⁶⁰

Há ainda outro ponto que contribuiu para a edição da Emenda Constitucional nº 30/2000. Mesmo existindo a determinação do art. 100 da Constituição (de que o Estado deveria reservar parte do orçamento do exercício seguinte para pagamento das dívidas judiciais que contraísse a cada ano), até o ano 2000 isso era muito pouco respeitado por outro motivo, além dos já aqui expostos. Nesse ano, lembre-se, foi promulgada a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), que prevê diretrizes rígidas para o controle da atividade orçamentária do Poder Público. Antes dela, não se respeitavam métodos sérios de estimativa das receitas obtidas pelo Estado, o que era feito de modo livre e inconsequente pelo legislador. Com isso, ainda que as despesas (entre elas, os precatórios) estivessem bem delimitadas, as receitas eram aleatória e arbitrariamente fixadas a fim de ilustrar um suposto superávit nas contas públicas. Como decorrência dessa contabilidade maquiada, era inevitável a falta de recursos para arcar com todas as despesas assumidas.¹⁶¹

Outro problema identificado por Marçal Justen Filho decorrente desse contexto era o de que os valores de precatórios incluídos no orçamento, porém não pagos naquele exercício financeiro, eram absolutamente esquecidos pelo legislador, não sendo essas despesas alocadas na lei orçamentária do ano seguinte. Com isso, os precatórios que não fossem pagos no ano subsequente à sua inscrição caíam em um “*limbo jurídico*”. Tal cenário, embora evidentemente inconstitucional, fez com que se produzisse uma cultura de descumprimento dessas obrigações e, como consequência disso, de total desrespeito aos postulados básicos da cláusula do Estado de Direito, vez que governantes passaram a

ADCT: necessidade de observância a tais hipóteses, a fim de se evitar a decretação da medida constritiva. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 7, n. 20, p. 157-170, abr./jun. 2006.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Precatórios: a Emenda n 62/2009 e o devido processo legal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 57-99, abr./jun. 2011. p. 81-82.

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Regime jurídico da liquidação das dívidas do Poder Público (precatórios e requisições de pequeno valor). In: MARTINS, Ivens Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Financeiro**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 313.

negligenciar os deveres que lhes eram juridicamente impostos, cientes de que nada sofreriam por isso.¹⁶²

O segundo regime especial de pagamento, então, também não obteve sucesso. O constituinte reformador, desse modo, instituiu em 2009 *nova sistemática de quitação de precatórios*,¹⁶³ albergando dessa vez até mesmo as dívidas processadas pelos dois regimes anteriores que ainda não haviam sido satisfeitas (art. 97, §15, ADCT).¹⁶⁴ Inserindo no ADCT o art. 97 (e seus 18 parágrafos), a Emenda Constitucional nº 62/09 conferiu aos entes federados devedores a possibilidade de escolha de duas opções: (i) o de realizar um depósito mensal, em conta especial, de 1/12 (um doze avos) de percentual (que varia entre 1% e 2%, conforme art. 97, §2º, I e II, do ADCT)¹⁶⁵ calculado sobre a receita corrente líquida da entidade; ou (ii) a de adotar regime especial por prazo máximo de 15 anos, durante o qual a entidade devedora deverá realizar depósito anual de percentual aplicado

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. Regime jurídico da liquidação das dívidas do Poder Público (precatórios e requisições de pequeno valor). In: MARTINS, Ivens Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Financeiro**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 313. p. 314-315.

¹⁶³ A União, frise-se, por cumprir com satisfação a ordem imposta pelo art. 100 da Constituição Federal, não foi afetada pelo regime especial criado com a Emenda Constitucional nº 62/09. Cf. TOLEDO JR., Flávio C. de. Questões polêmicas na aplicação do regime especial dos precatórios judiciais. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 108, p. 50-56, dez. 2010. p. 50.

¹⁶⁴ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 97, §15, do ADCT.** Os precatórios parcelados na forma do art. 33 ou do art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e ainda pendentes de pagamento ingressarão no regime especial com o valor atualizado das parcelas não pagas relativas a cada precatório, bem como o saldo dos acordos judiciais e extrajudiciais.

¹⁶⁵ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 97, §2º, do ADCT.** Para saldar os precatórios, vencidos e a vencer, pelo regime especial, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devedores depositarão mensalmente, em conta especial criada para tal fim, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre as respectivas receitas correntes líquidas, apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, sendo que esse percentual, calculado no momento de opção pelo regime e mantido fixo até o final do prazo a que se refere o § 14 deste artigo, será:

I - para os Estados e para o Distrito Federal: a) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para os Estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, além do Distrito Federal, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) do total da receita corrente líquida; b) de, no mínimo, 2% (dois por cento), para os Estados das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida.

II - para Municípios: a) de, no mínimo, 1% (um por cento), para Municípios das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, ou cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a até 35% (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida; b) de, no mínimo, 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), para Municípios das regiões Sul e Sudeste, cujo estoque de precatórios pendentes das suas administrações direta e indireta corresponder a mais de 35 % (trinta e cinco por cento) da receita corrente líquida.

sobre o saldo total dos precatórios devidos, dividido pelo número de anos restantes do regime (art. 97, §1º, II, do ADCT).¹⁶⁶

A esse ponto, deve-se lembrar que, desde sua promulgação, a EC nº 62/09 suscitou grandes debates na doutrina e na jurisprudência quanto à sua constitucionalidade.¹⁶⁷ Entre os vários motivos para isso, destaca-se, em primeiro lugar, a possibilidade por ela conferida de que as entidades devedoras utilizassem até 50% dos recursos empregados à satisfação de dívidas judiciais para: (i) pagamento de precatórios por meio de leilão (no qual ganha primeiro o credor que abrir mão da maior porcentagem de seu crédito); (ii) pagamento de precatórios conforme ordem crescente dos valores devidos; (iii) pagamento de precatórios que tenham sido objeto de acordo entre o Poder Público e os credores.¹⁶⁸ Nessas hipóteses, desconsidera-se completamente a ordem cronológica de pagamento estabelecida, desde o texto original da Constituição, pelo art. 100 da Lei Maior.

As Emendas Constitucionais nº 32/2000 e 62/2009, promovidas com o objetivo de alterar o regime de pagamento de precatórios, foram, como dito, reconhecimentos de que os Estados e Municípios brasileiros viviam em uma situação de patente inconstitucionalidade. O art. 100 da Constituição Federal, que determina que todas as dívidas judiciais da Fazenda Pública deverão ser pagas no máximo dois exercícios financeiros, era – e ainda é – cabalmente desrespeitoso. Essa situação fática, porém, não pode ser entendida como pretexto para a edição de normas constitucionais que, a pretexto de corrigir esse problema, violem direitos e garantias fundamentais.¹⁶⁹ Em outras palavras: não é porque o Estado

¹⁶⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 97, §1º, do ADCT.** Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo: [...] **II** - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento.

¹⁶⁷ Por todos, ver: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

¹⁶⁸ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 97, §8º, do ADCT.** A aplicação dos recursos restantes dependerá de opção a ser exercida por Estados, Distrito Federal e Municípios devedores, por ato do Poder Executivo, obedecendo à seguinte forma, que poderá ser aplicada isoladamente ou simultaneamente: **I** - destinados ao pagamento dos precatórios por meio do leilão; **II** - destinados a pagamento a vista de precatórios não quitados na forma do § 6º e do inciso I, em ordem única e crescente de valor por precatório; **III** - destinados a pagamento por acordo direto com os credores, na forma estabelecida por lei própria da entidade devedora, que poderá prever criação e forma de funcionamento de câmara de conciliação.

¹⁶⁹ Como afirma Marçal Justen Filho, “em um Estado Democrático de Direito, a solução para práticas aberrantes, infringentes dos valores fundamentais consagrados constitucionalmente, reside não na revogação

brasileiro está imerso em uma onda de inconstitucionalidade que se pode promover uma Emenda Constitucional que não apenas legitime essa situação, como também infrinja cláusulas pétreas.

Com base nesses e em outros argumentos, a Ordem dos Advogados do Brasil e diversas outras entidades de classe ingressaram com Ações Diretas de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Em 14/03/2013, foram julgadas conjuntamente as ADI nº 4327 e 4425.¹⁷⁰ De modo muito resumido, pode-se dizer que as principais conclusões a que chegaram os Ministros foram as seguintes: (i) não houve qualquer vício de inconstitucionalidade formal na tramitação da Proposta de Emenda Constitucional que culminou na EC nº 62/2009; (ii) é *inconstitucional* não dar preferência aos credores que tenham completado 60 anos após a edição do precatório (art. 100, §2º, CF); (iii) é *inconstitucional* a compensação obrigatória e compulsória dos precatórios judiciais com as dívidas pendentes dos credores com a Fazenda Pública, por fazer uma super-prerrogativa do Estado, que atenta contra o princípio da isonomia e à garantia de imutabilidade da coisa julgada (art. 100, §§ 9º e 10); (iv) é *inconstitucional* o regime especial do art. 100, §15, da Constituição Federal e do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que veicula nova moratória na quitação dos débitos judiciais e impõe o contingenciamento de recursos para esse fim, violando, assim, a cláusula do Estado de Direito e os princípios da separação de poderes, isonomia, do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional, do direito adquirido e da coisa julgada.

Na sequência, a CNI – Confederação Nacional da Indústria moveu questão ordem requerendo a modulação dos efeitos dessa decisão. Assim, em 25/03/2015, o Supremo Tribunal Federal decidiu: (i) manter a aplicação do regime especial instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 até o ano de 2020; (ii) manter a validade das compensações, dos leilões e dos pagamentos à vista realizados até aquela data (25/03/2015); (iii) manter a possibilidade de realização de acordo com os credores para facilitação do pagamento de

dos princípios constitucionais, mas na reforma das condutas fáticas”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios**: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 67.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357. Rel. Min. Ayres Britto. **Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux**. Tribunal Pleno. Julgado em 14/03/2013. DJe 25/09/2014.

precatórios, desde que respeitada a ordem cronológica e admitindo-se uma redução máxima de 40% do valor do crédito.¹⁷¹

Como bem aponta Daniela Olímpio de Oliveira, as sucessivas emendas constitucionais editadas sobre a matéria são “verdadeiros remendos a estabelecerem regimes especiais pós-regimes especiais”, que tem o objetivo de “atender aos anseios do *Estado do financeiramente possível* em detrimento dos credores” e que “demonstra que o poder constituinte reformador não vem sendo usado a partir da ordem constitucional estabelecida, mas em detrimento dela”.¹⁷²

Deve-se reconhecer, seguindo nessa linha, o fato de que a importância de se criar preferências entre os credores de precatórios judiciais só é relevante num cenário de escassez de recursos públicos, que gera como consequência a falta de pagamento dessas dívidas no tempo constitucionalmente determinado. Como já se disse, a Constituição prevê, originariamente, que os débitos judiciais contraídos pelo Poder Público devem ser inseridos nos orçamentos dos anos subsequentes à sua inscrição para pagamento. No entanto, “existe um descompasso entre a disciplina jurídica abstrata e o mundo real. Usualmente, não existem recursos suficientes para satisfazer a todos os credores. Portanto, a determinação da ordem de pagamento implica definir quais serão os beneficiários efetivos, o que apresenta uma importância transcendente”.¹⁷³

Assim, a simples necessidade, reconhecida pelo constituinte reformador, de diferenciar os precatórios quanto à sua natureza (alimentar ou não), quanto às características do credor (mais de 60 anos ou portador de doença grave) e quanto ao seu valor (requisições de pequeno valor e precatórios propriamente ditos) já demonstra a falência desse sistema. Afinal, caso se tivesse dado cumprimento à principal ordem proclamada pela Constituição nesse âmbito (de que as dívidas judiciais do Poder Público

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425. **Rel. Min. Luiz Fux**. Tribunal Pleno. Julgado em 25/03/2015. DJe 03/08/2015.

¹⁷² OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Precatórios: a Emenda n 62/2009 e o devido processo legal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 57-99, abr./jun. 2011. p. 93-94.

¹⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. Regime jurídico da liquidação das dívidas do Poder Público (precatórios e requisições de pequeno valor). In: MARTINS, Ivens Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Financeiro**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 327.

devem ser pagas no exercício seguinte ao que se deu a inclusão de dotação correspondente no orçamento) jamais haveria surgido a necessidade de se diferenciar essas dívidas.¹⁷⁴

O recorrente não pagamento de precatórios por Estados e Municípios chegou até mesmo a fomentar discussão acerca da possibilidade de intervenção nessas unidades federativas. Como ensina a doutrina, esse instrumento tem o objetivo de “preservar a integridade política, jurídica e física da federação”, tratando-se de “mecanismo drástico e excepcional, destinado a manter a integridade dos princípios basilares da Constituição”.¹⁷⁵ Com efeito, nos termos do art. 34, VI, da Lei Maior,¹⁷⁶ a *intervenção federal* poderá ser decretada no caso de descumprimento de ordem ou decisão judicial. Nesse sentido, a relutância em efetivar o pagamento dos precatórios, que consubstanciam uma obrigação de pagar quantia certa reconhecida em decisão judicial, configuraria, para muitos doutrinadores, motivo suficiente para intervenção nos Estados e Municípios inadimplentes.¹⁷⁷

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, consolidou entendimento diverso.¹⁷⁸ Para a Suprema Corte, a intervenção pelo não pagamento de precatórios poderia ser decretada apenas nas situações em que ficasse comprovado que o Poder Público dispunha de verbas para tanto e, apesar disso, não adimpliu suas obrigações. Fora dessas hipóteses, a autorização para intervenção em entes federativos endividados, segundo entendimento do STF, acarretaria violação ao princípio federativo e ao subprincípio da autonomia.

Apesar de a Suprema Corte ter restringido as situações em que se admite a intervenção para determinação de pagamento de precatórios judiciais, isso não deve ser entendido como uma autorização para que Estados e Municípios devedores mantenham sua inadimplência, esquivando-se de adotar medidas eficazes para viabilizar a quitação de seus

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Precatórios**: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 32.

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 785.

¹⁷⁶ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 34.** A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial.

¹⁷⁷ Nesse sentido, ver: VARGAS, Jorge de Oliveira; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. Precatório: moeda ou mero pedaço de papel? **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 7, n. 41, 173-182, set./out. 2009. p. 176; OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Precatórios: a Emenda n 62/2009 e o devido processo legal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 57-99, abr./jun. 2011. p. 67.

¹⁷⁸ A posição foi consolidada no paradigmático caso da IF nº 470/SP. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal nº 470. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 26/02/2003. DJ 20-06-200.

débitos.¹⁷⁹ Como prognosticou o Ministro Marco Aurélio, voto vencido no Agravo Regimental na Intervenção Federal nº 506-0 (que decidiu pela impossibilidade de intervenção no Estado de São Paulo para determinar o pagamento dos precatórios), se “não se adotar uma providência efetiva, as decisões judiciais tornar-se-ão, quando formalizadas contra o Estado, simplesmente líricas”.¹⁸⁰

Como se sabe, a ausência de pagamento espontâneo de uma condenação judicial é, de modo geral, reprovada pelo Direito. Tanto é assim que, nesses casos, por força do art. 523, §1º, do Código de Processo Civil,¹⁸¹ ao executado é imposta uma multa coercitiva no valor de 10% da condenação. Com as condenações da Fazenda Pública, pelo contrário, acontece exatamente o oposto. O Estado leva anos para quitar suas dívidas judiciais e não sofre nenhuma grande repressão jurídica por conta disso. Em que pese o reconhecimento da impossibilidade de satisfação imediatamente espontânea das condenações judiciais por parte do Poder Público em razão da impenhorabilidade de seus bens, o cenário ilustrado não deixa de ser curioso – e até mesmo contraditório, já que a Administração Pública, mais do que qualquer particular, está diretamente submetida aos ditames dos princípios da legalidade e da moralidade (art. 37, *caput*, CF).¹⁸²

O fato de o constituinte ter optado por um sistema diferenciado de cumprimento das decisões judiciais para a Fazenda Pública pode se justificar, no máximo, apenas pela *impenhorabilidade dos bens públicos*, decorrente da destinação de interesse público conferida a esses bens – o que, como visto, é também discutível em certa medida. O procedimento especial, portanto, não pode ser entendido simplesmente como mais uma prerrogativa da Administração Pública, que lhe permite contrair dívidas e pagá-las em um prazo extremamente diferido. Não se pode esquecer jamais que, apesar de diferenciado,

¹⁷⁹ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A execução contra a Fazenda Pública: questões polêmicas nos tribunais. **Interesse Público**, Porto Alegre, vol. 5, n. 21, p. 122-140, set./out. 2003. p. 134.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Intervenção Federal nº 506. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2004. DJ 25/06/2004. p. 7 do acórdão.

¹⁸¹ **Código de Processo Civil** (Lei nº 13.105/2015). **Art. 523**. O caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

¹⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Regime jurídico da liquidação das dívidas do Poder Público (precatórios e requisições de pequeno valor). In: MARTINS, Ivens Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Financeiro**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 319.

ainda se está diante de um processo jurisdicional de execução, cuja finalidade última é sempre a satisfação do direito reconhecido ao credor.¹⁸³

O Ministro Ari Pargendler, do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado no ano de 1996,¹⁸⁴ percebeu outra curiosa incoerência no sistema de tutela judicial em face da Fazenda Pública. Frisou o Ministro que, por vezes, o ordenamento oferece aos cidadãos instrumentos específicos e mais elaborados para que satisfaçam seus direitos contra o Estado, como é o caso do Mandado de Segurança e do Habeas Data. São ações constitucionais utilizadas contra autoridades públicas, para coibir algum abuso/desvio de poder ou alguma ilegalidade. No entanto – e aqui reside a incoerência –, quando a sentença contra a Fazenda Pública tiver carga condenatória pecuniária (como ocorre nas ações de responsabilidade civil), “a tutela judicial é da pior qualidade”. Nessa hipótese, o ordenamento jurídico mune o cidadão de um instrumento menos aperfeiçoado do que aquele utilizado em ações de mesma natureza entre particulares.

Conforme dito anteriormente, o Brasil é o único país do mundo a adotar o sistema de precatórios para pagamento de suas dívidas judiciais. Mesmo em outros países com sistema jurídico semelhante ao brasileiro, como é o caso de Portugal, Itália, Espanha e Argentina, a impenhorabilidade dos bens públicos é relativizada quando se trata de cumprimento de obrigações de pagar quantia certa. Assim, admite-se a penhora dos bens dominicais, assim considerados aqueles que não estão atrelados à uma finalidade pública, bem como de receita pública não vinculada a atividades essenciais do Estado.¹⁸⁵

O sistema é ainda mais diverso nos Estados Unidos. Os EUA, enquanto um país de tradição jurídica de *commom law*, encaram o Direito Administrativo de um modo peculiar.¹⁸⁶ O Estado relaciona-se com o particular de uma maneira mais horizontal. A

¹⁸³ OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Precatórios: a Emenda n 62/2009 e o devido processo legal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 57-99, abr./jun. 2011. p. 63.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes no Recurso Especial nº 78.301/BA. Rel. Min. Ari Pargendler. Primeira Seção. Julgado em 11/12/1996. DJ 28/04/1997. p. 13 do acórdão.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Precatórios: a Emenda n 62/2009 e o devido processo legal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 57-99, abr./jun. 2011. p. 61.

¹⁸⁶ Sobre as peculiaridades do regime jurídico do Direito Administrativo em países da *commom law*, Cf. CRETELLA JR., José. Direito administrativo inglês. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, vol. 25, n. 99, p. 69-90, jul./set. 1988. p. 90; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *commom law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015. p. 66-69; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. **Revista Eletrônica de Direito**

Administração Pública estadunidense não goza, como no Brasil, de tantas prerrogativas decorrentes do que aqui se chama de princípio da supremacia do interesse público.¹⁸⁷ Além disso, nos EUA o custo do acesso ao Judiciário é muito mais alto do que no Brasil (onde, através dos recentes Juizados Especiais da Fazenda Pública, pode-se ingressar com ação indenizatória contra o Estado sem pagar valor algum) e há uma maior deferência do Judiciário em relação às decisões tomadas pelas agências.¹⁸⁸ Todos esses fatores acabam por fazer com que haja menos ações de responsabilização civil contra o Poder Público naquele país – e, conseqüentemente, também menos dívidas judiciais por parte da Fazenda Pública.

De início, merece ser ressaltado o fato de que nos Estados Unidos a Administração Pública paga muito mais facilmente os seus débitos, a ponto de não existirem previsões sobre o que acontece caso esse tipo de obrigação não seja adimplida, uma vez que nem se cogita essa hipótese. Enquanto no Brasil reina uma “*cultura*” de atraso e de protelação nos pagamentos das dívidas judiciais, nos EUA acontece exatamente o contrário.

O ponto essencial no regime de execução das dívidas judiciais do Poder Público nos Estados Unidos é a doutrina da *sovereign immunity* (imunidade soberana), que afasta ao máximo o controle do Poder Judiciário sobre as ações da Administração Pública. Em razão disso, os processos que têm por objeto pedidos de indenização contratuais ou extracontratuais tendem a tramitar administrativamente, indo para o Judiciário apenas caso o conflito não consiga se resolver na seara administrativa.¹⁸⁹

Esse processo é, também, muito mais simples do que aquele enfrentado no Brasil. Nos EUA, os pagamentos das dívidas judiciais são feitos através do Ministério da Fazenda (*Financial Management Service*), que, sem apreciar o mérito da decisão judicial, decide se

Administrativo Econômico, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 8, nov/dez - 2006/ jan de 2007. p. 3.

¹⁸⁷ Essa visão clássica de que as prerrogativas da Administração Pública são uma decorrência inevitável do princípio da supremacia do interesse público não é mais tão incontestável, como demonstra a crítica de Juan Gustavo Corvalán: CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo”: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 49-73, jan./mar. 2013.

¹⁸⁸ Sobre a diferença do modo como se porta o Poder Judiciário em relação às decisões administrativas no Brasil e nos Estados Unidos, ver: GABARDO, Emerson. Understanding Brazilian Administrative Law, the Related Literature, and Education: A Comparison with the System in the United States. **Vienna Journal on International Constitutional Law**, Viena, vol. 9, n. 3, p. 371-397, jul./sep. 2015. p. 387

¹⁸⁹ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execução contra a Fazenda Pública**: regime de precatório. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010. p. 159-162.

o pagamento será feito através do *The Judgement Fund* (um fundo de recursos públicos federais abastecido exatamente para o pagamento de dívidas judiciais) ou através dos recursos do próprio ente público gerador do dano. Ainda, caso a dívida seja de um valor superior a cem mil dólares, a liquidação do débito está condicionada a uma verificação do Congresso Nacional.¹⁹⁰

A análise do Direito comparado serve, nesse ponto, para demonstrar que é possível o desenvolvimento de soluções para o sistema de precatórios do Brasil. No entanto, após a falha promoção de tantos regimes especiais para pagamento de precatórios, chega-se à constatação de que “é inquestionável que a experiência histórica brasileira demonstra que conceder dilação de prazo para a Fazenda Pública liquidar as suas dívidas não funciona”. Afinal, parece que “quanto maiores os benefícios deferidos à Fazenda Pública, tanto mais a situação se agrava”.¹⁹¹ Assim, deve-se reconhecer a saturação do atual sistema de precatórios e, nesse passo, buscar novas medidas para solucionar essa problemática. As medidas que deverão ser tomadas, embora drásticas, não podem ser “alienadas do sistema constitucional de proteção da ordem democrática, da separação de poderes, da tutela dos interesses individuais”.¹⁹²

O sistema de precatórios não é, em si, ruim. Pelo contrário, diante da incapacidade financeira de se satisfazer todas as dívidas judiciais imediatamente (o que seria o cenário ideal), é ele que garante um tratamento isonômico entre os credores do Estado, por fazer com que os pagamentos sejam realizados conforme uma ordem cronológica, respeitadas as devidas preferências excetuadas constitucionalmente.¹⁹³

A falência do sistema é, no entanto, inquestionável. Um levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2012 apurou que a soma dos débitos judiciais de todos entes federativos no Brasil é de cerca de 94,3 bilhões de reais.¹⁹⁴ Atualmente, é

¹⁹⁰ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execução contra a Fazenda Pública**: regime de precatório. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010. p. 164-166.

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios**: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 108.

¹⁹² OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Precatórios: a Emenda n 62/2009 e o devido processo legal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 57-99, abr./jun. 2011. p. 95.

¹⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios**: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 81.

¹⁹⁴ O dado é citado em: JUSTEN FILHO, Marçal. Regime jurídico da liquidação das dívidas do Poder Público (precatórios e requisições de pequeno valor). In: MARTINS, Ivens Gandra da Silva; MENDES, Gilmar

possível que este valor esteja ainda maior, já que as reformas constitucionais promovidas nessa seara foram muito infelizes no atendimento de seus objetivos.

Uma das raízes implícitas de toda essa problemática reside no fato de que os regimes de precatórios foram moldados pelo Estado para o Estado. É o executado que constrói, legislativamente, o seu regime de execução, sem ter em mente o real interesse público da matéria (a satisfação dos créditos dos cidadãos). Com isso, é lógico que ele vai optar por um modelo que lhe traga grandes benefícios. Nesse sentido, atende-se apenas ao *interesse público secundário* (fazendário) e não ao *primário* (interesse público genuíno, de toda a coletividade). Com a execução de particulares a situação é diversa porque é o Estado, através do Poder Legislativo, criando um sistema que será aplicado a uma infinidade abstrata de pessoas, dentro da qual ele jamais será incluído. É muito mais provável que daí advenham mecanismos justos de execução, já que não são os interesses do próprio Poder Público que estão diretamente envolvidos.

Isso tudo traz repercussões diretas no âmbito da responsabilidade civil do Estado. Conforme lição de Marçal Justen Filho, este instituto, a bem da verdade, seria irrelevante se, na prática, o Direito não ofertasse aos cidadãos lesados as ferramentas necessárias para viabilizar a execução das condenações judiciais para, assim, garantir a supremacia da jurisdição.¹⁹⁵ Isto é, a submissão do Estado à ordem jurídica e o dever, disso decorrente, de arcar com os danos causados a terceiros seria inútil se não houvesse instrumentos de coagir a Administração Pública a indenizar os particulares.

O estrondoso volume de precatórios vencidos e não pagos por Estados e Municípios gera, ademais, um grande *círculo vicioso*, uma vez que a imensa quantidade de débitos judiciais impossibilita a Fazenda Pública de arcar com todos eles, dadas as suas limitações financeiras e orçamentárias. A inevitabilidade de pagamento de todas as dívidas conforme determinado pela Constituição acaba gerando, assim, um incentivo ao surgimento de novos débitos, já que o Estado passa a perceber que as consequências negativas advindas de seus atos ilegais/inconstitucionais que gerem danos a terceiros só serão sentidas depois de muitos anos (quando o problema, na prática, não será mais daqueles governantes). O

Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Financeiro**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 315.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios**: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 73.

Estado, com isso, internaliza a lógica de que “quanto menos se paga maior é a dívida” e que “quanto maior é a dívida menos se paga”.¹⁹⁶

O contexto é tão caótico que fomentou, inclusive, a defesa de tese que advoga – com certa razão, ao menos no plano doutrinário – pela responsabilidade civil do Estado pelo atraso no pagamento de precatórios.¹⁹⁷ Ou seja: o Estado é condenado, em ação indenizatória, a pagar determinada quantia certa. Tem, para isso, o prazo previsto no art. 100 da Constituição Federal (ou o do regime especial que estiver vigorando na hipótese). Se descumprido esse prazo – como normalmente o é – o Estado pode ser condenado a uma indenização pelos danos morais decorrentes desse atraso. Uma responsabilidade civil fruto de uma responsabilidade civil. Eis a instituição de mais um círculo vicioso, dentro do qual resta inserida uma Administração Pública ainda mais viciada.

Em um cenário como o ora vivenciado, resta essencialmente violado o *direito fundamental à tutela judicial efetiva*,¹⁹⁸ que, como ensina Luiz Guilherme Marinoni, não se limita à garantia do direito de ação e do acesso à jurisdição. Segundo a teoria da tutela adequada dos direitos, é preciso que o ordenamento jurídico disponibilize todas as ferramentas necessárias para a efetivação do direito material pretendido. E nisso estão incluídos, obviamente, meios idôneos de execução das decisões proferidas contra a Fazenda Pública, que possam satisfazer os créditos jurisdicionalmente reconhecidos aos cidadãos.

Soluções para o problema do caótico sistema de precatórios no Brasil, porém, não são facilmente desenvolvíveis, tampouco realizáveis. Se lidar com o dever de construir um método de satisfação dos créditos judiciais reconhecidos em face da Fazenda Pública já é muito difícil, mais ainda é tentar resolver a questão dos quase 100 bilhões de reais de dívidas judiciais do Poder Público.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Regime jurídico da liquidação das dívidas do Poder Público (precatórios e requisições de pequeno valor). In: MARTINS, Ivens Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Financeiro**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 315.

¹⁹⁷ Cf. SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; COUTO, Mônica Bonetti. Responsabilidade Civil do Estado pelo Atraso no Pagamento de Precatórios. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 1286-1300.

¹⁹⁸ Para uma análise entre o direito fundamental à tutela judicial efetiva, o direito material e a realidade social, Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 154-155.

Por ora, a instituição de um modelo de responsabilização do Estado que se baseie mais na prevenção do que na indenização de danos pode se mostrar uma ferramenta útil para auxiliar nessa tarefa. Ainda que se trate de solução pontual, pode ao menos garantir que boa parte dos danos que o Estado brasileiro causa a seus cidadãos sejam indenizados apenas muitos anos após a sentença condenatória.

2.3. A dificuldade de reparação de danos extrapatrimoniais: o ressarcimento pecuniário como meio inadequado de proteção dos direitos fundamentais e transindividuais

O fim ideal do instituto da responsabilidade civil é a reparação total dos danos sofridos por determinada vítima. É possibilitar o retorno ao *status quo ante*. Ou seja, fazer com que as consequências negativas advindas do sofrimento do dano nem sejam mais sentidas pela vítima. No âmbito dos danos patrimoniais, essa tarefa, embora ainda difícil de ser executada com tamanha excelência, é factível, uma vez que se está a tratar com uma visão econômica bens que são passíveis de valoração em termos também econômicos.

O mesmo não ocorre, evidentemente, com os *danos extrapatrimoniais*. Antes de se aprofundar na matéria, porém, faz-se necessário registrar o atual conteúdo jurídico conferido pela doutrina a esse termo.

Inicialmente, defendia-se que os danos extrapatrimoniais eram aqueles que geravam algum tipo de dor psíquica ou emocional à vítima. A definição era, pois, essencialmente subjetivista. Atualmente, porém, a doutrina conceitua os danos extrapatrimoniais a partir de uma visão negativa. Nesse sentido, são assim considerados todos aqueles danos que não importem danos ao patrimônio econômico da vítima.¹⁹⁹

Os danos causados pela Administração Pública à honra ou à saúde de uma pessoa, por exemplo, não podem ser quantificados *monetariamente*. Nesse sentido, sua reparação em dinheiro será sempre inexata (para mais ou para menos), o que faz com que o objetivo central da responsabilidade civil (de reparar integralmente os danos) se torne, nesse campo, uma grande ilusão.²⁰⁰

¹⁹⁹ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 41.

²⁰⁰ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 201.

A indenização de danos patrimoniais, por outro lado, não é tarefa que requer grandes esforços. Com efeito, as únicas variações possíveis de serem sentidas nesses casos são relativas ao momento de incidência dos danos, tratando-se de danos emergentes e lucros cessantes. Com os danos extrapatrimoniais, entretanto, a lógica é essencialmente diversa. Não apenas há uma variação no tempo de sua incidência (se são danos presentes, passados, ou até mesmo futuros), como também quanto aos meios de se concretizar a reparação, haja vista a imensa variedade de tipos distintos de danos extrapatrimoniais, cada qual com suas características particulares.²⁰¹

Os critérios de reparação de danos extrapatrimoniais, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, “têm sido basicamente a reprovação da conduta, isto é a gravidade ou intensidade da culpa do agente, a repercussão social do dano, as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor”.²⁰² Ou seja, parâmetros muito subjetivos que, em razão dessa sua natureza, levam comumente à aplicação anti-isonômica do instituto da indenização, ao passo que não se faz possível conceber, com medidas precisas e objetivas, o *quantum* indenizatório adequado para aquela situação danosa.

Ainda que hoje isso pareça algo estapafúrdio, até a segunda metade do século XX existiam doutrinadores que defendiam a impossibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais. Pela leitura feita por Sérgio Severo, que se opõe a essa corrente, eram basicamente oito as razões utilizadas como defesa para essa tese: **(i)** a ausência de danos de efeito durável; **(ii)** a dúvida quanto à própria existência de um direito violado nesses casos; **(iii)** a complexidade de se comprovar a existência do dano; **(iv)** a incerteza quanto ao número de vítimas; **(v)** a incapacidade de uma quantificação monetária do dano; **(vi)** a imoralidade de compensar esse tipo de dano com indenizações pecuniárias; **(vii)** o exagerado poder conferido ao julgador em casos dessa natureza; **(viii)** a impossibilidade jurídica de admitir tal reparação.²⁰³

Primordialmente, o dano ressarcível através do instituto da responsabilidade civil era interpretado pelas lentes da *teoria da diferença*, segundo a qual o dano seria a diferença

²⁰¹ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 170.

²⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 162.

²⁰³ SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 61.

entre o patrimônio da vítima depois e antes do fato infrator. Além disso, entendia-se que o *quantum* resultante dessa equação era o valor a ser indenizado.

A principal justificativa histórica para isso é que, devido ao processo de monetização de todos os fatores e esferas da vida privada promovido com a instituição do Estado Liberal, o ideário jurídico da época tomava como objeto dos litígios judiciais sempre algo dotado de valor de troca. Em razão disso, havia a crença de que todos os direitos violados podiam ser tutelados através do ressarcimento pecuniário, pois todos os bens jurídicos pelo ordenamento podiam “facilmente” ser quantificados monetariamente. Ademais, como o juiz não estava autorizado a analisar e dar tratamentos distintos para as necessidades sociais, a tutela do ressarcimento pecuniário era suficiente ao conceder à vítima o valor em dinheiro do dano.²⁰⁴

No entanto, como pontuam Keila Ferreira e Rafael Bizelli, a teoria da diferença, moldada em momento histórico no qual o Direito seguia um paradigma filosófico liberal e patrimonialista, não foi capaz de acompanhar as mudanças trazidas com a instituição do *constitucionalismo social*, que visa, como seu principal objetivo, resguardar a *dignidade da pessoa humana*.²⁰⁵

Desenvolveu-se, assim, a chamada *teoria do interesse*, a qual, ampliando o conceito de dano, descreve-o como sendo qualquer lesão a um *interesse juridicamente tutelado*. O foco do ordenamento jurídico passa a ser, portanto, os interesses jurídicos dos cidadãos e não mais simplesmente o patrimônio econômico das pessoas. Com essa mudança hermenêutica, também ficam abrangidos no conceito de danos ressarcíveis aqueles de natureza extrapatrimonial.²⁰⁶

Toda essa discussão acerca da possibilidade de indenização de danos extrapatrimoniais foi encerrada definitivamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê expressamente a proteção de direitos como a honra, a moral e a imagem enquanto uma garantia fundamental, que, se desrespeitada, enseja dever de

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito:** inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 17.

²⁰⁵ FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 54, p. 11-43, abr./jun. 2013. p. 13-14.

²⁰⁶ FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 54, p. 11-43, abr./jun. 2013. p. 13-14.

indenização (art. 5º, V e X, CF).²⁰⁷ No entanto, a análise do debate descrito acima é interessante para demonstrar como os danos extrapatrimoniais sempre foram considerados menos importantes que os danos patrimoniais no ordenamento jurídico brasileiro.

Como pontua Thais Goveia Pascoaloto Venturi, uma das principais características dos *direitos fundamentais* (ao menos da maior parte deles) é a sua extrapatrimonialidade. Isto é, o fato de que não podem ser expressos através de um valor econômico. Nessa linha não podem, também, ser objeto de indenização ou compensação completamente satisfatória, já que não se pode pagar com dinheiro aquilo que não possui valor monetário.²⁰⁸

Assim, a tutela preventiva se mostra como único instrumento capaz de conferir a máxima eficiência à cláusula de inviolabilidade concedida pela Constituição Federal, em seu art. 5º, X, à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas,²⁰⁹ uma vez que, se infringidos esses bens jurídicos, os danos produzidos serão *irreparáveis*. O mesmo ocorre, evidentemente, com os direitos sociais à saúde, à educação, à assistência aos desamparados, entre outros, que também não podem ser quantificados monetariamente. Em razão disso, uma Administração Pública que de fato pretenda efetivar direitos fundamentais, deve pensar em meios de *prevenir os danos* que ela própria gera a esses bens jurídicos.

Com efeito, a proteção do ordenamento contra danos extrapatrimoniais está essencialmente relacionada com os direitos fundamentais e, em última análise, com o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Provas disso são facilmente encontradas na doutrina que se dedica a estudar o tema. Sérgio Cavalieri Filho, por exemplo, defende que “o dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade”.²¹⁰ Maria Celina Bodin de Moraes, também fazendo essa relação, chega a afirmar que “é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante de nosso

²⁰⁷ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. V** - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; **X** - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

²⁰⁸ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 97.

²⁰⁹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 121.

²¹⁰ CAVALIARI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil Constitucional. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 52-58, jul./set. 1999. p. 56.

Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional”.²¹¹

Assim, é inegável que a prevenção da ocorrência de danos extrapatrimoniais torna-se ainda mais necessária quanto se está a analisar lesões causadas a direitos fundamentais. Além dos motivos já expostos aqui, outra razão para isso é o fato de que tais direitos são tutelados pelo ordenamento jurídico de forma especial, havendo características suas que não são encontradas em outros direitos, como, por exemplo, a *proteção contra reformas constitucionais abolitivas* (art. 60, §4º, IV, CF)²¹² e a força de *aplicabilidade imediata* (art. 5º, §1º, CF)²¹³. A justificativa para isso é que eles representam os bens jurídicos que a Assembleia Constituinte, em uma decisão político-jurídica, reputou mais essenciais para o bem-estar e o desenvolvimento da sociedade.

Posto isso, é lógico deduzir que, se o ordenamento os protege com tamanha especialidade, deve-se desenvolver – ainda mais intensamente do que para outros direitos – instrumentos jurídicos voltados não só à repressão de atitudes que venham a violá-los, mas, principalmente, à sua proteção.²¹⁴ Inclusive porque a ordem jurídica impossibilita que os próprios detentores desses direitos abram mão deles, característica a que a doutrina costumou chamar de *indisponibilidade*. Nesse sentido, se nem mesmo o titular de um

²¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p. 132. Em artigo escrito em coautoria com Ana Carolina Brochado Teixeira, Moraes ainda afirma que “em uma leitura civil-constitucional da responsabilidade civil, concluiu-se que o dano moral é a violação à integridade física e psíquica, à liberdade, à igualdade ou à solidariedade de uma pessoa humana.” MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016. p. 10.

²¹² **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 60. §4º** Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: **IV** - os direitos e garantias individuais.

²¹³ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. §1º** As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²¹⁴ Nesse sentido, Thaís Goveia Pascoaloto Venturi defende que “a proteção preventiva será tanto mais conveniente ou adequada quanto mais essencial ou fundamental o interesse ou direito tutelado. Se a violação e a lesão a direitos patrimoniais disponíveis podem comportar um tratamento repressivo, o mesmo não ocorre com a violação e a lesão a direitos não patrimoniais e indisponíveis, para os quais a responsabilidade civil deve sempre operar em sentido eminentemente preventivo. De fato, na medida em que a Constituição Federal brasileira erigiu um amplo sistema de garantia dos direitos fundamentais, atribuindo deveres de proteção exigíveis tanto do Poder Público como dos próprios cidadãos, parece certo afirmar a existência de deveres de prevenção e de precaução relativamente à não violação dos direitos, o que provoca sensíveis alterações na forma de ser das relações jurídicas, sejam elas caracterizadas como públicas ou como eminentemente privadas”. VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 96.

direito fundamental pode despojar-se dele, deve o ordenamento ofertar meios hábeis para que, por atos do Estado, parcelas desse direito não sejam violadas.

Lembre-se, a esse ponto, que segundo a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, uma das diversas funções desempenhadas por esses direitos é exatamente a de *proteção*.²¹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, nesse sentido, defende que incumbe ao Estado “zelar – inclusive em caráter preventivo – pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não só contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados”.²¹⁶

A partir do momento que se reconhece que a Constituição Federal de 1988 consagrou, inovadoramente, uma série extensiva de direitos e garantias fundamentais – a qual abrange muito mais do que apenas os tradicionais direitos de liberdade –, deve-se buscar a construção de ferramentas jurídicas aptas a tutelar esses novos direitos de uma forma eficiente e adequada.²¹⁷ E, nesse ponto, a tutela ressarcitória pecuniária não parece estar atendendo ao seu objetivo com excelência.

Outra espécie de dano que requer proteção diferenciada é a dos *danos transindividuais*. Como é amplamente reconhecido, os direitos fundamentais, na Constituição de 1988, não possuem natureza jurídica apenas individual, sendo também de titularidade da coletividade.²¹⁸ Como já foi dito anteriormente, o instituto da responsabilidade civil do Estado foi moldado em uma época na qual vigia um paradigma *liberal-individualista* do Direito, motivo pelo qual ainda não existem tantos meios adequados de se reprimir as violações causadas, pelo Poder Público, a direitos de titularidade transindividual.

²¹⁵ Sobre o regime jurídico dos direitos de proteção, Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. p. 398-416.

²¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 190.

²¹⁷ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 96.

²¹⁸ Sobre a distinção entre direitos individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito positivo brasileiro e suas respectivas formas de tutela, ver: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e socioambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013. p. 657-673.

Como, no mais das vezes, não é possível medir corretamente a extensão dos danos causados a esses direitos, já que não se sabe, com exatidão, quantas e quem foram as pessoas atingidas por eles, a reparação *in natura* – e, principalmente, em dinheiro – demonstra-se claramente insuficiente.²¹⁹

Pense-se no caso específico dos *direitos difusos*. Como lembra Elton Venturi, nessa hipótese “não é possível excluir quem quer que seja da titularidade desta pretensão, em virtude da existência de um processo absolutamente inclusivo decorrente de sua essência extrapatrimonial”.²²⁰ Assim, como seria possível buscar satisfatoriamente a reparação de um dano causado a um grupo de pessoas que sequer é possível individualizar ou limitar?

Além disso, deve-se lembrar que os direitos de titularidade transindividual requerem, por si só, uma proteção ainda mais especial do que os direitos individuais, uma vez que danos causados a eles são danos causados a toda a sociedade. É o caso, por exemplo, de alguma atitude danosa à saúde pública, que pode causar consequências desastrosas e irreversíveis para toda a comunidade.

Por esses motivos, é indiscutível que o único meio de proteção adequado aos direitos transindividuais (difusos ou coletivos) e individuais homogêneos é a prevenção da ocorrência de danos, já que, nessa hipótese, os direitos de toda a coletividade (ainda que nem se saiba quem a integra) estarão garantidos e respeitados.

Nessa linha, tendo em vista que a indenização pecuniária não é capaz de proteger satisfatoriamente todos esses bens jurídicos (os extrapatrimoniais, os direitos fundamentais, os de titularidade transindividual, etc.), faz-se necessário o desenvolvimento de uma tutela jurisdicional que se volte contra atuações ilícitas ou inconstitucionais.²²¹ Ou seja, que, em última análise, garanta o respeito à norma que protege esses direitos, a fim de que eles nem

²¹⁹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107.

²²⁰ VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 53-54.

²²¹ Como lembra Cristina Rapisarda, “o conteúdo não patrimonial dos novos direitos determina, de fato, normalmente, a irreparabilidade das lesões deles, da onde se torna essencial privilegiar formas preventivas de tutela, que consistam em evitar a concretização do evento lesivo”. No original: “Il contenuto non patrimoniale dei nuovi diritti determina, infatti, normalmente, l’irreparabilità della loro lesione, onde deviene essenziale privilegiare forme preventive di tutela, che consentano di evitare il concretarsi dell’evento lesivo”. RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 81.

cheguem a ser violados e que, assim, a sua reparação não precise ser um problema com o qual devam se confrontar os operadores do Direito.²²²

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 131-132.

CAPÍTULO III – O DEVER DE PREVENÇÃO DE DANOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A TUTELA CONTRA O ILÍCITO COMO INSTRUMENTO PARA SUA REALIZAÇÃO

Os dois capítulos anteriores demonstraram as características e a insuficiência do atual modelo de responsabilidade civil do Estado. Tendo elegido o dano como seu elemento essencial e adotando a prevenção apenas como uma função meramente secundária, criou-se uma lógica de reparação essencialmente ressarcitória – e em especial com um ressarcimento pecuniário. Isso levou ao colapso daquele sistema, que não se mostra mais adequado para reparar boa parte das violações que o Poder Público causa à esfera jurídica dos cidadãos, seja porque o Estado possui escassos recursos financeiros para despendar com indenizações judiciais, porque o regime de precatórios faz com que a vítima seja indenizada muitos anos após a ocorrência do dano ou ainda porque os direitos de natureza extrapatrimonial e transindividual são incompatíveis com o método ressarcitório.

Em razão disso, urge a necessidade de se fazer uma reflexão no Direito Administrativo a respeito da possibilidade de instituição de um modelo preventivo de responsabilização civil do Estado, inclusive porque essa parece ser a demanda premente de uma Administração Pública forjada no seio do paradigma do Estado Social de Direito. O Direito Civil e o Direito Ambiental são ramos pioneiros nessa matéria e as conquistas e experiências vivenciadas nessa disciplina devem servir de exemplo.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade de métodos de responsabilização preventiva (em sentido amplo, não se limitando apenas ao Direito Administrativo) torna-se ainda mais categórica, uma vez que, em seu art. 497, parágrafo único, previu pioneiramente uma cláusula geral de tutela contra o ilícito, permitindo que, ao receber a imposição de obrigações de fazer ou de não fazer, o agente causador do possível dano venha a corrigir sua conduta antijurídica e, assim, evitar a ocorrência do evento lesivo.

3.1. A teoria da responsabilidade civil preventiva: fundamentos e críticas

Como demonstrado no tópico 1.1., a teoria da responsabilidade civil do Estado foi se estruturando ao longo da história sempre com a premissa de que o dano seria um elemento essencial para esse instituto. Nessa linha, se não houvesse dano, não haveria responsabilização civil.²²³ Como consequência, desenvolveu-se todo um aparato jurídico voltado apenas à reparação das lesões sofridas pelas vítimas e ao consequente sancionamento do Poder Público causador do dano. Segundo esse pensamento, a forma por excelência através da qual a responsabilidade civil repara os danos sofridos pela vítima e sanciona o agressor é a condenação em indenização pecuniária, o que faz com que o dever maior dos estudiosos dessa matéria seja, simplesmente, o de buscar meios cada vez mais eficientes de concretizar essa indenização.

Nesse contexto, “o escopo de prevenção da prática de atos ilícitos e dos possíveis danos decorrentes, a partir do sistema de responsabilização, poderia ser considerado, quando muito, mera consequência eventual ou indireta”.²²⁴ Com efeito, no tópico 1.2. demonstrou-se, através da lógica da Análise Econômica do Direito, que o atual sistema de responsabilidade civil já reconhece de certa forma a necessidade de internalização do dever de prevenção de danos através de sua função punitivo-exemplar.²²⁵ No entanto, isso ainda é muito pouco – principalmente quando se está a analisar a responsabilidade civil do *Estado*,

²²³ Expressamente, nesse sentido, é a lição de Rogério Donnini, que representa a maior parte da doutrina que trata do tema: “não haverá responsabilidade civil se inexistir dano, como dissemos, o que significa dizer que a prevenção de danos não integra o rol dos pressupostos da responsabilidade civil”. DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 490. Na mesma linha, Bruno Leonardo Câmara Carrá, que sustenta ser o dano o “pináculo em torno do qual é cimentada a própria noção de responsabilidade civil, cuja existência destina-se a reprimi-lo” e que o dano se constituiu como “primeiro e principal pressuposto” da responsabilidade civil, uma vez que “sem dano, ninguém é civilmente responsável”. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

²²⁴ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 217.

²²⁵ Ainda com base no pensamento de Rogério Donnini é possível demonstrar também que a doutrina majoritária se satisfaz com a premissa de que a indenização e os meios coativos de cumprimento da decisão judicial são suficientes para a realização da função preventiva da responsabilidade civil: “A real e efetiva prevenção de danos sucede com a fixação do valor de desestímulo quando do arbitramento da indenização [...]. Portanto, previne-se o dano com a fixação de valores indenizatórios que, efetivamente, inibam o agente”. DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 498-499.

que, por ser uma abstração jurídica, não sente o impacto das medidas coercitivas do mesmo modo que os particulares.

Além disso, nos tópicos 2.1. e 2.2. chamou-se atenção para o fato de que no caso específico das ações de responsabilização civil movidas contra o Poder Público a vítima deve superar alguns obstáculos especiais para ver concretizado o seu direito à indenização, que são a insuficiência financeira do Estado (e a decorrente utilização do argumento da reserva do possível como excludente de responsabilidade nos casos de omissão) e o regime de precatórios, que dificulta a obtenção dos créditos judiciais reconhecidos contra a Fazenda Pública.

Isso por si só já poderia ser suficiente para que a sociedade civil exigisse dos diferentes Poderes da República a consagração de um modelo de responsabilização estatal que se preocupasse também com a prevenção – e não só com a reparação – de danos. No entanto, ainda soma-se a esses dois fatos o fenômeno – esse não específico do Direito Administrativo, mas, sim, sentido em todas as disciplinas do mundo jurídico – dos novos direitos e dos novos danos, típicos do modelo sociedade atualmente vigente.

Como é lógico de imaginar, a natureza dos danos indenizáveis através do instituto da responsabilidade civil sempre variou na história, conforme demandaram as transformações da sociedade. Nesse sentido, importantes modificações foram causadas pelas revoluções industriais,²²⁶ que impactaram consideravelmente o modo como as pessoas se relacionam socialmente entre si e também com o Estado. Com a evolução tecnológica da segunda metade do século XX, os danos passaram a ser ainda mais desastrosos. Além de os agressores muitas vezes serem anônimos, os danos podem ser praticados em escalas inimagináveis para os tempos anteriores, causando lesões que a responsabilidade civil tradicional certamente não é capaz de reparar com eficiência.²²⁷

Ainda que as inovações industriais, científicas e tecnológicas tenham possibilitado ao ser humano – ou, melhor, a *alguns seres humanos* – viver em um conforto inédito, com uma qualidade de vida muito superior à dos tempos passados, colocaram-no em constante e intensa exposição a riscos.

²²⁶ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 248.

²²⁷ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 26.

Um dos mais conhecidos trabalhos a respeito desse tema é a obra “*Sociedade de Risco*”, do sociólogo alemão Ulrich Beck. Para Beck, os riscos criados pelas sociedades contemporâneas não conseguem mais ser definidos ou limitados em parâmetros temporais e espaciais como antigamente. Isto é, não se pode mais afirmar com certeza quando se está ou não exposto a um dano. Pelo contrário, sempre se está. Nessa nova sociedade os danos se tornaram globais, sendo praticamente impossível controlá-los ou gerenciá-los.²²⁸ Em verdade, os próprios autores que defendem a responsabilidade civil preventiva reconhecem que ela não é capaz de gerar uma sociedade com risco zero de dano.²²⁹ Seu objetivo, portanto, é o desenvolver meios que, dentro dessa sociedade de risco, possa fazer com que no limite do possível a ocorrência de danos seja evitada.

O primeiro ramo do Direito a sentir os impactos desses novos danos (de proporções catastróficas) foi o Direito Ambiental, uma disciplina também muito recente na história do Direito. Afinal, os danos com que se preocupa essa matéria são as lesões causadas ao meio ambiente, um bem jurídico que, por sua própria natureza, impacta invariavelmente a vida de toda a comunidade – e até mesmo das gerações futuras. Aliás, talvez seja exatamente por conhecer a insuficiência do modelo tradicional de reparação de danos que, no Brasil, a primeira disciplina a acatar uma forma de responsabilização preventiva também tenha sido o Direito Ambiental.

O que importa ressaltar desse contexto é que, atualmente, a questão dos novos danos não é mais exclusiva do Direito Ambiental. É inconteste que se espalhou por toda a ciência jurídica, exigindo em cada ramo do Direito uma evolução interna para possibilitar a adaptação ao novo contexto. Nesse sentido, Bruno Leonardo Câmara Carrá afirma que “hoje há consenso de que em quase todas as áreas do Direito habita o sentimento de que as tradicionais formas jurídicas de reparação ou sanção não são capazes de contê-los de modo adequado”.²³⁰

²²⁸ Cf. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013. *passim*.

²²⁹ Como afirma Teresa Ancona Lopez, “por mais medidas que sejam tomadas, o risco zero não existe. Em suma, a única certeza na sociedade de risco é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados”. LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 5.

²³⁰ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

Não haveria de ser diferente, portanto, com o Direito Administrativo. Aliás, ao lado do Direito Ambiental, o Direito Administrativo é a disciplina jurídica que mais reconhece, no que concerne ao instituto da responsabilidade civil, o fato de que a contemporaneidade gerou uma “sociedade de riscos”. Foi, inclusive, o primeiro ramo do Direito brasileiro a adotar como regra a responsabilidade civil objetiva, em razão de uma teoria que foi chamada exatamente de “*teoria do risco administrativo*”. Assim, se hoje o estudo da responsabilidade civil do Estado parte invariavelmente da premissa de que a Administração Pública coloca os cidadãos constantemente sob riscos, esse é um motivo ainda mais forte para se defender a necessidade de desenvolvimento de um instrumento jurídico capaz de viabilizar a prevenção dos danos causados pelo Poder Público.

Deve-se ressaltar, ainda, que do ponto de vista jurídico o que fez com que o Direito Ambiental fosse o primeiro ramo jurídico a acatar a teoria da responsabilidade civil preventiva foi a incidência dos princípios da *prevenção* e da *precaução*,²³¹ considerados como alguns dos fundamentos normativos mais essenciais de todo o regime jurídico ambientalista. Ambos, vale lembrar, têm como pressuposto a necessidade de implementação de uma postura que se antecipe à realização de danos, com o objetivo de evitá-los.²³² Ainda que a doutrina especializada distinga esses dois princípios com base no grau de certeza de ocorrência do dano a ser evitado (no caso da prevenção existe mais probabilidades conhecidas de o dano efetivamente vir a ocorrer), aqui se utilizará essas duas normas em conjunto, tendo em vista que possuem a mesma essência²³³ – e que é essa essência que importa para o desenvolvimento do presente trabalho.

²³¹ Sobre a relação entre os princípios da prevenção e da precaução e a responsabilidade civil preventiva no Direito Ambiental, cf. WEDY, Gabriel. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 128-138. No que concerne ao Direito Civil, cf. BOUTONNET, Mathilde. L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civile en droit français: un bilan en demi-teinte. **McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy**, Montreal, vol. 10, n. 1, p. 11-38, jan./dec. 2010.

²³² Como ensina Thaís Venturi, “tanto a prevenção quanto a precaução, ainda que constituam princípios cujos fundamentos e conteúdos sejam distinguíveis, comportam aplicação cada vez mais acentuada no campo da responsabilidade civil, na medida em que buscam dimensionar concreta ou abstratamente os riscos, antecipando prováveis ou possíveis lesões decorrentes da violação de determinados interesses ou direitos”. VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 251.

²³³ Nesse sentido, José Rubens Morato Leite: “não resta dúvidas de que os princípios da atuação preventiva e da precaução são, de fato, irmãos da mesma família, e pode-se dizer que ambos são os dois lados da mesma moeda”. LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Coords.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171.

Quando aplicados à responsabilidade civil do Estado, tais princípios possuem o condão de vincular legisladores, administradores e magistrados, fazendo com que o Estado como um todo possa se voltar à concretização de um modelo que se baseia na prevenção dos danos. E assim exigem dessas autoridades, entre outros fatores, **(i)** a criação de normas que, objetivando proteger determinados direitos, imponham dever de atuação ou abstenção ao Estado, **(ii)** o desenvolvimento de políticas públicas que impeçam ou ao menos diminuam a ocorrência de eventos lesivos, **(iii)** a utilização de tutelas jurisdicionais voltadas à repressão do ilícito como forma de instrumentalizar a prevenção de danos pela via judicial.²³⁴

Deve-se reconhecer, porém, que a descabida utilização dos princípios preventivos pode dar azo a uma perigosa faceta da responsabilidade civil do Estado, na medida em que, buscando-se a não produção de danos, pode-se acabar por impedir o pleno desenvolvimento das atividades administrativas, colocando em risco o atendimento de diversas outras tarefas do Poder Público. Assim, como bem alerta Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, uma aplicação indiscriminada do instituto da responsabilidade civil preventiva traz à lume a discussão acerca do “*risco desenvolvimentista*”, ou seja, dos “possíveis efeitos negativos causados à própria sociedade por força de uma excessiva restrição (quando não vedação) de importantes atividades econômicas sob o fundamento da proteção de danos”.²³⁵

Outra questão interessante que diz respeito aos limites da aplicação da responsabilidade civil preventiva é referente aos custos que muitas vezes devem ser despendidos para que eventos lesivos sejam evitados. A preocupação com a relação custo/benefício das providências necessárias à concretização do princípio da prevenção já foi tema de estudo de importantes doutrinadores franceses e estadunidenses. Deve-se ressaltar, no entanto, que “apesar de tais análises econômicas poderem indicar um caminho a ser trilhado, não podem converter-se na palavra última ou no decisivo critério definidor da aplicação do princípio”.²³⁶ Essa observação aplica-se com ainda mais veemência à Administração Pública, que, diferentemente dos agentes privados, não pode basear a

²³⁴ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 252.

²³⁵ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 263-264.

²³⁶ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50-51.

eficiência de suas ações simplesmente no custo financeiro despendido para sua realização, mas, sim, por outro lado, na busca pelos meios que melhor consigam satisfazer o interesse público.²³⁷

Fato é que, diante das transformações sociais a que se aludiu anteriormente, tornou-se indiscutível que a lógica preventiva goza, atualmente, de um *status* de *mandamento nuclear do sistema jurídico*,²³⁸ sendo um comando normativo que irradia seus valores por todo o ordenamento, exigindo adaptação por onde passa.²³⁹ O principal motivo para isso, como já se disse, foi a impossibilidade das ferramentas jurídicas clássicas de tutelar com satisfação os novos direitos e, nesse sentido, de reprimirem os novos danos.

Nesse sentido, como ensina Adela María Seguí, uma das principais alterações praticadas na natureza jurídica dos danos que são objeto da responsabilidade civil em razão dessas transformações sociais é a adaptação de seu próprio conceito. Atualmente, não se indeniza mais apenas os danos causados a bens patrimoniais. Protege-se, hoje, através da responsabilidade civil, bens jurídicos mais relevantes, que dizem respeito direto à dignidade do ser humano ou ao bem-estar de toda a comunidade, por exemplo. Além disso, mutações também foram sentidas na extensão desses danos, que deixam de impactar apenas os indivíduos solitariamente considerados para vitimar a sociedade como um todo (aí inclusas até mesmo as gerações futuras), ultrapassando as barreiras temporais e espaciais com as quais estava acostumada a responsabilidade civil tradicional. É em razão disso tudo,

²³⁷ Sobre o conteúdo jurídico do princípio da eficiência administrativa no Estado Social de Direito, ver: FARIA, Luzardo. Suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do usuário: o interesse público entre eficiência e dignidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coords.). **Eficiência e Ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015. p. 109-105. Para uma crítica aprofundada da visão meramente economicista do princípio da eficiência Administrativa, ver: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 44-58.

²³⁸ Essa, aliás, é a definição usada por Celso Antônio Bandeira de Mello para o termo “princípios”: “Princípio, é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 54.

²³⁹ Mesmo quem discorda da possibilidade de existir uma responsabilidade civil preventiva não nega que o Direito deva se preocupar com a prevenção de danos. É o caso, por exemplo, de Bruno Carrá, que afirma ser “meridiano constatar que seria preferível não haver o dano a reparar o dano”, que “a não destruição da coisa é preferível à sua reparação”, que “não haver a morte do indivíduo é melhor que a indenização pelo respectivo homicídio”. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 65.

portanto, que a responsabilidade civil da contemporaneidade não pode se limitar a “reparar, porque é impossível reparar o irreparável ou refazer o irreversível”, devendo-se, pois, “*impedir, prevenir, agir com discernimento para que os danos sejam produzidos*”.²⁴⁰

De fato, com a constatação de que os tradicionais instrumentos jurídicos de repressão de danos não mais dão conta de tutelar os direitos dos cidadãos com satisfação (uma vez que as recentes transformações da sociedade geraram danos que não se adequam às ferramentas clássicas da responsabilidade civil indenizatória), insta reconhecer a necessidade de adaptação do ordenamento jurídico a essa nova realidade social, de modo que novos meios de proteção da esfera jurídica dos indivíduos possam ser desenvolvidos (principalmente voltados, a partir de agora, à prevenção dos danos).²⁴¹

A civilista francesa Catherine Thibierge foi a primeira autora a propor a existência de uma responsabilidade civil preventiva, em seu multicitado artigo intitulado “*Libre propôs sur l'évotuiou du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité?)*”, publicado na “*Revue Trimestrielle de Droit Civil*” em 1999.²⁴² Seu estudo foi utilizado como base para praticamente tudo o que se escreveu no Brasil a respeito dessa temática, que, embora ainda incipiente, está cada vez mais se tornando objeto de discussão na doutrina. Assim, entender o que a levou a desenvolver as bases desse novo instituto é compreender o que justificou a necessidade de desenvolvimento de um modelo de responsabilização civil baseado na prevenção de danos.

Através da apurada análise realizada por Bruno Leonardo Câmara Carrá, pode-se afirmar que essas são as principais premissas em que se baseou Thibierge para a construção de sua teoria: **(i)** a existência dos “novos danos” (mais complexos, mais graves, mais extensos, mais difíceis de serem reparados, etc.); **(ii)** a própria capacidade de evolução do instituto da responsabilidade civil, tendo em vista as superações já ocorridas no tocante à instituição do modelo objetivo, por exemplo; **(iii)** a necessidade de desenvolvimento de meios de gestão desses novos danos, para além das discussões tradicionais acerca da

²⁴⁰ No original: “No se trata aquí de reparar, porque es imposible reparar lo irreparable ni de volver atrás sobre lo irreversible; se trata de impedir, de prevenir, de tratar con discernimiento para que los daños no se produzcan”. SEGUÍ, Adela María. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 13, n. 52, p. 267-318, out./dez. 2004. p. 291. Tradução livre.

²⁴¹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 219.

²⁴² THIBIERGE, Catherine. Libre propôs sur l'évotuiou du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité?). **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, vol. 89, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999.

correlação entre culpa e risco; (iv) a constatação fática de que a doutrina e a jurisprudência já estavam, à época, reconhecendo a necessidade de prevenção de danos.²⁴³

Trata-se, de fato, de uma grande alteração paradigmática²⁴⁴ no Direito da Responsabilidade Civil; da implementação de uma nova racionalidade, que possibilite o “redimensionamento conceitual, institucional e funcional da responsabilidade civil, agora repensada sob um viés preventivo, que, sem abandonar o paradigma do ressarcimento das vítimas, se revela mais consentâneo com as necessidades de proteção dos direitos”.²⁴⁵

Uma mudança dessa natureza, porém, *não seria propriamente algo inédito* para a história do desenvolvimento do instituto da responsabilidade civil do Estado. Como visto no tópico 1.1., as transformações ocorridas na sociedade já exigiram, em outras épocas, que o regime jurídico da responsabilidade civil do Poder Público fosse sensivelmente alterado. Foi o que aconteceu quando passou a se adotar a modalidade objetiva de responsabilização do Estado, transpondo o fundamento do instituto da culpa para o risco,²⁴⁶ ou até mesmo quando o foco da responsabilidade civil deixou de ser o agente público causador do dano (como era no período da culpa civilística) para se voltar à pessoa da vítima.²⁴⁷

O que está se defendendo aqui, portanto, é que “a responsabilidade preventiva passe a ser considerada não apenas uma expressão voltada a explicar eventuais reflexos derivados

²⁴³ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 75.

²⁴⁴ A mudança de paradigma aqui aludida pode ser compreendida com base nas clássicas lições do filósofo Thomas Kuhn, para quem as revoluções paradigmáticas ocorrem sempre que a sociedade se demonstra insatisfeita com o paradigma vigente e que, por causa disso, abandona-o e passa a buscar uma nova racionalidade científica ou política para recompor a estrutura do campo social. Cf. KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 10. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2010. *passim*.

²⁴⁵ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 220.

²⁴⁶ Vale ressaltar, nesse ponto, que, como lembra Caio Mário da Silva Pereira, no âmbito do Direito Civil a inserção da modalidade objetiva de responsabilização também sofreu grande resistência da doutrina mais conservadora, que afirmava que “a marcha da responsabilidade no rumo da responsabilidade sem culpa seria um retorno aos primeiros tempos do direito e à rudeza primeva das XII Tábuas.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 17.

²⁴⁷ Como demonstra Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, essas transformações – ressalvadas as respectivas peculiaridades de cada caso – também ocorreram no seio da responsabilidade civil do Direito Privado. Cf. VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 220. No mesmo sentido, Bruno Carrá, ao afirmar que “a nova responsabilidade civil não pensa apenas em castigar o pecador, como se destinava a fazê-lo a responsabilidade oitocentista por meio da culpa. Ao contrário, ela se concentra na outra ponta da equação, no dano” e que ela é *nova* exatamente porque, após a revolução industrial, “promove a incorporação de institutos destinados a priorizar a pessoa da vítima e a reparação dos danos sofridos”. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17-18

das regras de responsabilidade civil, mas, sim, verdadeiro fundamento, um novo paradigma, por via do qual os próprios instrumentos do direito da responsabilidade civil possam vir a ser repensados”.²⁴⁸

No entanto, a utilização do instituto da responsabilidade civil preventiva como forma de concretizar o dever de prevenção de lesões não é aceito pacificamente por toda a doutrina. Há quem critique fortemente a tentativa de criação dessa nova ferramenta. É o caso, por exemplo, do já citado Bruno Leonardo Câmara Carrá, responsável pela primeira obra monográfica no Direito brasileiro voltada a apontar críticas à modalidade preventiva de responsabilização civil.

Logo no início de seus estudos, Carrá chega a afirmar que, se não fosse pelo fato de que prestigiados doutrinadores despenderam esforços consideráveis para a construção dessa teoria, poderia ser afirmado que “a expressão responsabilidade civil sem danos constitui verdadeira *contraditio in terminis* e todas as questões que ela suscita já estariam automaticamente resolvidas por eliminação”.²⁴⁹

Como explicado anteriormente, a doutrina tradicional é unânime ao afirmar que o dano é uma característica essencial da responsabilidade civil do Estado e que sem a ocorrência de um fato lesivo o Poder Público não pode ser responsabilizado. Assim, poderia ser fácil, para alguns críticos, apegar-se a esse dogma de maneira irredutível e negar a possibilidade de uma responsabilização civil do Estado preventiva simplesmente porque, em toda a história, o Poder Público só respondeu civilmente pelos seus atos *após eles terem gerado danos*. No entanto, Carrá foi preciosíssimo ao pontuar que o tema é muito mais complexo do que isso. Diante das poucas, porém já consistentes obras que foram desenvolvidas em defesa da responsabilidade civil preventiva, os críticos desse novo instituto devem se empenhar para conseguir contrariá-la à altura.

E, com base no que já foi escrito nesse sentido até aqui, pode-se dizer que eles fazem isso com base em três principais argumentos: **(i)** como *o dano é uma figura historicamente essencial da responsabilidade civil*, todas as nuances desse instituto foram moldadas para viabilizar a melhor reparação possível das lesões sofridas pelas vítimas,

²⁴⁸ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 221.

²⁴⁹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11.

motivo pelo qual uma utilização do instituto da responsabilidade civil antes da ocorrência de um dano não apenas seria contraditório, como também inapropriado;²⁵⁰ (ii) *a utilização preventiva da responsabilidade civil poderia importar em restrições desproporcionais a determinadas condutas e atividades humanas, tudo isso em nome da prevenção de um dano que nem se sabe efetivamente se de fato ocorrerá;*²⁵¹ (iii) *é impossível se evitar completamente a ocorrência de todos os danos – principalmente em uma sociedade de riscos, como a ora vivenciada – o que faz com que a responsabilidade civil preventiva também não seja suficiente para tutelar integralmente todos os direitos dos cidadãos.*²⁵²

(i) A questão primeira é, de fato, algo complicado. Do mesmo jeito que não se deve se apegar cegamente às tradições jurídicas do passado para negar as mudanças que são exigidas com base nas inovações do presente, não é prudente desconsiderar toda a história de um instituto jurídico, sob pena de se retirar a consistência do próprio conteúdo dessa categoria, uma vez que ela poderá ser usada de qualquer maneira, do modo como desejarem os operadores do momento. Apesar disso, entende-se que esse argumento parte de algumas premissas equivocadas.

A primeira delas é a de que a teoria da responsabilidade civil preventiva desconsidera completamente o elemento do dano como pressuposto da responsabilidade

²⁵⁰ “Historicamente a responsabilidade civil se vocacionou para a repreensão do dano não por acaso e sim porque essa dinâmica era a mais condizente com sua gestão jurídica. Voltada para o patrimônio do ofensor e não para sua pessoa, permitiria um equilíbrio flexível, diferentemente da esfera penal, entre a defesa das liberdades individuais e a proteção dos interesses tutelados de forma ampla pelo direito”. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 206. Defendendo linha semelhante, Roberto Paulino de Albuquerque Júnior chama atenção para outro problema que poderia decorrer da existência de uma responsabilidade civil sem dano: “o problema de admitir a responsabilidade sem dano é que todos esses efeitos distintos da reparação ficariam remetidos à responsabilidade civil. Haveria uma expansão extraordinária e pouco controlável da responsabilidade civil, que teria de dar conta de toda uma série de consequências que hoje lhe são estranhas. E isso justamente no momento em que a reparação de dano alcançou o maior grau de sofisticação e complexidade.” ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 3, n. 6, p. 89-103, jan./mar. 2016. p. 96.

²⁵¹ “Nada obstante seu ideal de garantir um mundo melhor para todos, a responsabilidade civil sem danos, sobretudo aquela baseada em um direito das condutas lesivas, pode vir na prática a tornar a vida civil insuportável.” CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 193.

²⁵² Para Bruno Carrá, não se pode “ter a ilusão de que ela [a responsabilidade civil preventiva] ou qualquer outro sistema jurídico, por mais que os reinventemos, venha a ser capaz de estabelecer uma sociedade de risco zero. Afinal, nem tudo pode ser prevenido!” CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta.** São Paulo: Atlas, 2015. p. 12

civil. Sobre isso, deve-se deixar claro que *o dano é e continua sendo elemento essencial do instituto da responsabilidade civil*. O que muda, com a teoria preventiva, é apenas o *modo de encará-lo*. É preciosa, nessa linha, a lição de Thaís Venturi, que defende abertamente que não se está propondo uma “alteração do polo central do direito da responsabilidade civil (o dano)”, mas, sim, uma “inversão fundamental, no sentido de se buscar enxergá-lo antecipadamente pelo retrovisor, intentando-se precaver da melhor forma possível a sua ocorrência”.²⁵³

Sentido semelhante é trilhado por Teresa Ancona Lopez, segundo quem a aplicação da lógica preventiva à responsabilidade civil não gera uma revolução completa desse instituto, pondo a perder tudo o que até aqui já foi desenvolvido nessa matéria. Até porque a responsabilidade civil preventiva possui, em última análise, o mesmo fundamento da responsabilidade civil ressarcitória, ou seja, os preceitos latinos de *alterum non laedere* e *neminem laedere*,²⁵⁴ que determinam que os homens não devem prejudicar uns aos outros.²⁵⁵

O que se propõe através da teoria da responsabilidade civil preventiva, portanto, é uma *mudança no “eixo da responsabilidade civil”*. De fato “uma responsabilidade *civil a priori* é uma ideia singular na medida em que existe uma tradição de um mecanismo de responsabilidade que opera a posteriori, para reparar os danos”. No entanto, essa alteração não indica um abandono completo das ferramentas da responsabilização civil. O que se busca é apenas “*ampliar o espectro de sua atuação*”, para que a responsabilidade civil do Estado também possa passar a focar na prevenção dos danos e não somente em sua reparação. Ou seja, “não se trata de evitar esse instituto, mas de *adequá-lo à transformação*

²⁵³ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 249.

²⁵⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 141. No mesmo sentido: SARAIVA, David Emanuel Chiquita. **A tutela preventiva da responsabilidade civil**. Lisboa, 2015. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Nova Lisboa. p. 13-16.

²⁵⁵ “O preceito *alterum non laedere* ou *neminem laedere* (“a ninguém ofender”, “não lesar a outrem”) demonstra, com clareza, a filosofia de Epicuro, que considera o resultado de um compromisso de utilidade, com o escopo de os homens não se prejudicarem uns aos outros. Trata-se de uma regra de direito natural. Enquanto os estoicos determinavam como regra de vida a observância à razão e à natureza, assim como à virtude, o Epicurismo propõe a felicidade, no sentido de bem-estar individual e coletivo”. DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 486-487.

da sociedade e mesmo do dano”.²⁵⁶ Nessa linha, reconhece-se que “o vocábulo dano é extremamente importante para o instituto da responsabilidade civil, mas não só a sua ocorrência, também o impedimento que ele ocorra.”²⁵⁷

É por esse motivo, aliás, que aqui não se adota a terminologia “*responsabilidade civil sem dano*”. Prefere-se usar “*responsabilidade civil preventiva*” porque se entende que a preocupação com o dano continua a fazer parte da essência do instituto da responsabilidade civil. No entanto, na modalidade aqui proposta essa preocupação se demonstra antes de o dano efetivamente ocorrer, com o objetivo final de prevenir a sua geração. Desse modo, até poderiam ser pensados outros termos para esse novo instituto, tendo em vista a discórdia gerada nos doutrinadores mais tradicionais. Ainda assim, entende-se mais interessante utilizar o vocábulo “*responsabilidade civil*” porque, em última análise, o que esse instituto pretende prevenir é exatamente o manejo dos instrumentos da responsabilidade civil tradicional – para viabilizar a indenização do dano. Trata-se, de certo modo, inclusive de uma provocação. Uma chamada de atenção para o fato de que o instituto da responsabilidade civil tradicional precisa ser revisto e que, após essa revisão, o que se propõe é uma leitura preventiva dele.

Diante disso Bruno Carrá até defende que seria possível aceitar o instituto da responsabilidade civil preventiva na hipótese de se entender que essa teoria não busca exatamente uma desconsideração do dano, mas, por outro lado, apenas flexibiliza o seu conceito.²⁵⁸ No entanto, em que pese isso seja de certo modo compatível com a linha aqui proposta, é facilmente perceptível que ao afirmar isso o autor tem diferentes objetivos em mente, uma vez que, para ele, a responsabilidade civil sem dano serviria nesse contexto apenas para “admitir como ressarcíveis agressões baseadas na mera exposição da vítima a

²⁵⁶ No original: “Vislumbrar la posibilidad de cambiar el eje de la responsabilidad civil es ampliar su espectro de actuación. Una responsabilidad civil a priori es una idea singular en la medida en que existe una tradición de un mecanismo de la responsabilidad que opera a posteriori, y que llega para reparar el daño. No se trata de tergiversar esta institución sino de adecuarla a la transformación de la sociedad y del mismo daño.” TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, vol. 14, n. 18, p. 205-220, jan./jun. 2010. p. 206. Tradução livre.

²⁵⁷ GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano**: da lógica reparatória à lógica inibitória. Curitiba, 2015. 302 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 180.

²⁵⁸ “Se à expressão responsabilidade sem dano quer-se emprestar algum sentido atual é somente para destacar a flexibilização do conceito de dano, cuja percepção, hoje, é de fato mais elástica e dinâmica que nos dois últimos séculos.” CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

situações deletérias se isso vier a afetar seus legítimos interesses”.²⁵⁹ Com isso, continua vinculado à lógica tradicional da responsabilidade civil, que não consegue enxergar outra finalidade central para o instituto senão a reparação de danos através da indenização.²⁶⁰ O mesmo equívoco é cometido por Sérgio Cavalieri Filho, por exemplo, quando afirma que “sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito.”²⁶¹

Na sequência desse ponto Carrá, então, pergunta-se – retoricamente, é evidente, já que possui uma declarada posição contra a teoria da responsabilidade civil preventiva – “se nem mesmo é possível para a responsabilidade civil estabelecer critérios razoáveis para compensar os danos que ela se dispõe a sancionar, como esperar que possa gerir com sucesso danos que sejam graves e irreparáveis?”²⁶² A resposta para essa questão obviamente não pode ser encontrada caso se analise a responsabilidade civil apenas por suas lentes tradicionais. Isto é, se se considera que as ferramentas de tutela de direitos disponíveis através da responsabilidade civil são apenas reparatórias, é impossível lidar com danos irreparáveis. Isso sim é uma contradição em termos! Ao propor uma evolução tão intensa nesse campo, é óbvio que a teoria da responsabilidade civil preventiva tem o dever de ser acompanhada da apresentação de novos instrumentos, aptos a concretizá-la adequadamente – e o faz, como será demonstrado no tópico 3.3.

(ii) O segundo ponto colocado como empecilho para a concretização prática da teoria da responsabilidade civil preventiva é o fato de que ela pode causar restrições descabidas e exageradas na esfera jurídica do futuro-agressor.

A “responsabilidade por mera conduta”, como a ela se refere nesse ponto Bruno Carrá, é típica do Direito Penal, através do qual as pessoas podem ser responsabilizadas mesmo que não tenham causado dano a ninguém. A cláusula geral da criminalização por mera conduta está prevista no art. 14, II, do Código Penal, que define abstratamente o que é

²⁵⁹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

²⁶⁰ Isso fica ainda mais claro quando afirma que “mesmo quando se fala de uma ‘responsabilidade por mera conduta’, deve-se ter em conta que ela apenas será relevante para fins de uma responsabilização civil quando capaz de, por si somente, causar um dano”. CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15-16.

²⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

²⁶² CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66.

a tentativa de crime.²⁶³ Como ensina a doutrina especializada no tema, no Direito Penal a possibilidade de se responsabilizar alguém mesmo sem que essa pessoa tenha causado dano a outrem se justifica pela importância dos bens jurídicos tutelados por esse ramo e que são postos em perigo com a simples conduta do agressor.²⁶⁴

Ainda que a responsabilidade civil do Estado também trate de tutelar bens jurídicos tão importantes quanto os protegidos pelo Direito Penal – afinal, determinadas ações ou omissões do Poder Público podem causar tantos danos à sociedade quanto um ladrão ou um homicida –, não é nem esse o fundamento principal para se demonstrar o descabimento do argumento ora analisado.

A questão mais relevante de ser compreendida é a de que *uma aplicação da responsabilidade civil preventiva não significa necessariamente uma aplicação exagerada ou descomedida* da responsabilidade civil preventiva. Embora isso possa parecer óbvio, deve ser ressaltado para demonstrar que, assim como qualquer outro instituto jurídico, a responsabilidade civil preventiva exige parcimônia em sua aplicação – e em nenhum momento se pretende fugir desse encargo.²⁶⁵ Frise-se que até com a responsabilidade reparatória é assim, tanto que a vedação legal ao enriquecimento sem causa (prevista no art. 884 do Código Civil)²⁶⁶ é frequentemente utilizada como meio de coibir possíveis excessos em indenizações decorrentes de ações de responsabilização civil.

Em suma: se a aplicação da teoria da responsabilidade civil preventiva pode causar restrições indevidas na esfera jurídica dos agressores (o que, como explicado acima, é ainda mais grave no caso do Poder Público) não se deve rejeitar o instituto por completo, mas,

²⁶³ **Código Penal. Art. 14.** Diz-se o crime: **II** - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

²⁶⁴ Como ensina César Roberto Bitencourt, “a punibilidade da tentativa fundamenta-se no perigo a que é exposto o bem jurídico, e a repressão se justifica uma vez iniciada a execução do crime. Não se equipara o dano ou o perigo ocorrido na tentativa com o que resultaria do crime consumado. Esta é a teoria adotada pelo nosso CP”. BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 244.

²⁶⁵ Como lembra Marinoni, “ainda que se possa demonstrar a probabilidade de um futuro ilícito, não é possível requerer uma tutela inibitória que, muito embora destinada a evitar o ilícito, acabe causando um dano excessivo ao réu. A tutela deve ser solicitada dentro dos limites adequados a cada situação concreta, evitando-se a imposição de um não fazer ou de um fazer que possa provocar na esfera jurídica do réu uma interferência que se revele excessiva em face da necessidade concreta de tutela. Ou seja, a inibitória deve ser imposta ao réu dentro dos limites necessários à prevenção do limite”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção** – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 75. No mesmo sentido: STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito**. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 110-111.

²⁶⁶ **Código Civil. Art. 884.** Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

sim, buscar sempre o controle de sua aplicação, principalmente através da exigência de uma fundamentação robusta das decisões judiciais, as quais devem respeitar, nesses casos, a regra da proporcionalidade.²⁶⁷ Assim como em outras tantas situações do mundo jurídico, não se admitirá uma restrição a qualquer bem jurídico com base na responsabilidade civil preventiva que não seja adequada, necessária e ponderada.

(iii) Por fim, o terceiro principal argumento utilizado para obstaculizar a utilização da responsabilidade civil preventiva é o mais fácil de ser contrariado. Ele propõe que, por ser impossível evitar completamente todos os danos, esse instituto também não seria suficiente para tutelar todas as necessidades dos cidadãos inseridos em uma sociedade de riscos.

Todavia, como já dito acima, nem mesmo os autores responsáveis pela estruturação do que hoje se chama de responsabilidade civil preventiva se iludem com o fato de que a utilização dessa ferramenta impediria todos os danos gerados na sociedade. Isso, no entanto, não pode ser argumento para barrar a utilização de uma ferramenta que é desenvolvida com o objetivo de *aumentar* as munições das quais os cidadãos dispõem para proteger seus direitos em face do Estado. Se existem danos que *podem* ser evitados, eles *devem* sê-lo. Negar essa possibilidade porque *nem todos os danos podem ser evitados* chega a ser um descompromisso com o dever da efetiva proteção dos direitos.

Esse argumento é tão raso que, na verdade, o que parece estar por trás dele é um receio velado de que uma vez adotada e reconhecida pelo Direito (nas legislações e nos tribunais) a responsabilidade civil preventiva, acarretará o abandono do método mais tradicional de responsabilização civil, que é o da reparação dos danos.

A forma com a qual a referida teoria é construída na obra de Teresa Ancona Lopez, contudo, já é suficiente para superar também esse obstáculo. Conforme expressa a civilista, a responsabilidade preventiva nasce para funcionar *ao lado* da responsabilidade reparatória: naquilo que aquela puder e nos espaços em que esta for insuficiente. Assim, “uma não exclui a outra. *Ambas são necessárias*, pois, caso o dano não consiga ser evitado, deverá ser

²⁶⁷ Apenas como registro, ressalte-se que se refere, aqui, à regra da proporcionalidade conforme teoria desenvolvida por Robert Alexy em: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 91-95.

reparado integralmente por seu autor ou pelo seguro”.²⁶⁸ Com efeito, se a teoria da responsabilidade civil preventiva parte do pressuposto de que a sociedade vive, atualmente, em constante exposição a riscos e reconhece que, em razão disso, nem todos os danos podem ser evitados, seria ilógico imaginar que ela tenha o objetivo de substituir a responsabilidade reparatória. Seu objetivo – ressalte-se novamente – é o de atuar harmonicamente com ela para que a tutela dos direitos por parte do Estado possa ser cada vez mais efetiva.

Portanto, ainda que esteja sendo alvo de críticas por parte da doutrina civilista brasileira, entende-se que a teoria da responsabilidade civil preventiva demonstra-se como um interessante meio de auxiliar a realização do dever geral de prevenção de danos na sociedade – sem se tratar, evidentemente, do único. Ademais, as críticas que podem ser feitas – e, inclusive, devem sê-lo, uma vez que essa teoria é muito recente e ainda está em fase de prematuro desenvolvimento – não devem abandonar a grande conquista trazida por ela ao mundo jurídico: *a focalização na necessidade de instituição de meios de prevenção de danos, para além das já existentes técnicas reparatórias*. Todavia, como se não bastasse isso, no tópico seguinte será demonstrado por que – talvez até mais do que no Direito Civil – o Direito Administrativo necessita recepcionar a teoria da responsabilização civil preventiva.

3.2. Administração Pública inclusiva e os interesses públicos na prevenção de danos

Ainda que a Constituição Federal de 1988 não preveja expressamente uma cláusula específica do Estado Social, uma simples leitura dos principais dispositivos do texto constitucional não deixa dúvidas de que o constituinte de 1987/88 fez uma opção por um modelo de Estado intervencionista, cujos maiores objetivos são a redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como é amplamente difundido, o Estado Social surge com o premeditado objetivo de, intervindo na ordem econômica, corrigir o cenário de desigualdades causadas pelo

²⁶⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 17.

liberalismo do *laissez-faire*, que regeu a lógica pela qual se encarava o Direito Público por muito tempo. Nesse contexto, “de mero garantidor da autonomia e da liberdade individuais, o Estado se transforma, então, em ator central responsável por guiar e implementar políticas públicas capazes de promover um desenvolvimento social mais justo e solidário, garantindo, além da mera igualdade formal, uma igualdade concreta e material”.²⁶⁹ Nas precisas palavras de Emerson Gabardo, “o surgimento do Estado social correspondeu a um período ímpar na história da humanidade, caracterizado por guerras sem precedentes, por uma forte concorrência ideológica entre capitalismo e socialismo e pelo fracasso do liberalismo clássico na preservação do sistema vigente”.²⁷⁰

Trata-se, nesse sentido, de uma evolução nos caminhos trilhados pela Teoria do Estado e pela Ciência Política, a partir da constatação fática da insuficiência do paradigma liberal de viabilizar com satisfação o atendimento das necessidades sociais. Esta transformação, como ensina Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “oferece uma proteção muito relevante acerca do sentido e da funcionalidade dos direitos fundamentais, que passam de barreiras imunes à ação dos Poderes Públicos a elementos estruturais e diretrizes básicas da ação estatal”.²⁷¹

No Estado Liberal, direitos públicos (oponíveis ao Estado) exigiam, em regra, uma abstenção do Poder Público (um não fazer), para que assim se resguardasse a esfera de liberdade de cada indivíduo. No Estado Social, porém, passa-se a se requerer atuações positivas da Administração Pública, principalmente direcionadas àqueles cidadãos para os quais a abstenção estatal nada faz senão perpetuar e reforçar as desigualdades sociais. Desse modo, é possível afirmar que os ditames do Estado Social de Direito estão consagrados na essência na Constituição Federal de 1988.

²⁶⁹ GUIMARÃES, Guilherme Cintra. O direito administrativo e a reforma do aparelho do Estado: uma visão autopoietica. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro:** o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 62.

²⁷⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade:** o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 156.

²⁷¹ No original: “*Tal transformación, como se ha estudiado ampliamente, ofrece una muy relevante proyección acerca del sentido y funcionalidad de los derechos fundamentales de la persona, que pasan de ser barreras inmunes a la acción de los poderes públicos a elementos estructurales básicos y directrices básicas de la acción del Estado*”. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015. p. 32. Tradução livre.

Partindo do reconhecimento de que a estrutura de cada ramo do Direito Público está sempre essencialmente relacionada com o paradigma político-ideológico adotado como base para a sustentação do Estado em cada contexto histórico,²⁷² entende-se ser prudente compreender as alterações que foram proporcionadas no Direito Administrativo pela implementação do modelo de Estado Social.

Nesse novo contexto, o Direito Administrativo não apenas se destina a restringir o âmbito de atuação estatal ou a reparar os danos que eventualmente venha a causar (como era antigamente), mas também a redistribuir as riquezas produzidas na sociedade. A Administração Pública, nesse cenário, deve se voltar à criação de condições mais igualitárias entre os cidadãos, principalmente em países como o Brasil, onde diversos grupos e classes sociais são diariamente excluídos e marginalizados.²⁷³ Essas são as principais bases jurídico-ideológicas para o que doutrina contemporânea vem chamando de “*Administração Pública inclusiva*”.²⁷⁴

Na década de 1990, seguindo uma tendência mundial,²⁷⁵ o Direito Administrativo brasileiro foi marcado por uma série de alterações legislativas que buscavam operar uma

²⁷² Nas palavras de Daniel Wunder Hachem, “os contornos do Direito Público estão intrinsecamente ligados ao modelo de Estado no qual cada sistema normativo se encontra inserido, de modo que as tendências dos ordenamentos jurídico-administrativos costumam acompanhar as feições assumidas pelos Estados nos quais são forjados”. HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 134.

²⁷³ BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014. p. 58. Nesse mesmo sentido Carlos E. Delpiazzo defende que “el Derecho Administrativo propio del Estado Constitucional de Derecho debe estar centrado en la persona del administrado, tanto en su dimensión individual como social, de las que derivan sus derechos y deberes.” DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014. p. 7.

²⁷⁴ É o caso, no Brasil, de Daniel Wunder Hachem e, na doutrina estrangeira, do argentino Carlos Balbín. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013; BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

²⁷⁵ Essa corrente é chamada por Daniel Wunder Hachem de “*Direito Administrativo neoliberal*”. Segundo ele, “propondo um papel subsidiário ao Estado, com o repasse de grande parte de suas incumbências na área social para a iniciativa privada, essa corrente defendia o enxugamento da estrutura e do aparelhamento estatal, com a redução de suas funções. A prestação de serviços públicos e demais atividades de caráter assistencial deveria ser prioritariamente desenvolvida pela sociedade civil organizada, competindo ao Poder Público apenas a função de fomentá-las e regulá-las”. HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 148.

reforma na Administração Pública e, assim, diminuir o tamanho do aparelho estatal.²⁷⁶ Nesse contexto, passou-se a se defender que o Estado deveria atuar como agente secundário em questões econômicas e sociais, com base no chamado princípio da subsidiariedade.²⁷⁷

A melhora no cenário econômico e fiscal a partir dos anos 2000 possibilitou a criação de políticas públicas que direcionaram com mais intensidade o Estado brasileiro para a realização dos objetivos fundamentais da República, notadamente através da prestação de serviços públicos e ações de assistência social, através de uma atuação mais direta e positiva do Poder Público.

Assim, começa-se a se sentir a formação de uma nova corrente hermenêutica no Direito Administrativo brasileiro, a qual, “pautada na promoção da igualdade material pelo Estado e na ideia de redistribuição por meio da intervenção”, pode-se classificar como a linha do “*Direito Administrativo social*”²⁷⁸. Para Daniel Wunder Hachem, essa nova forma de encarar as funções do Estado faz com que se institua uma “Administração Pública inclusiva, voltada à inserção social dos cidadãos e à redução das injustiças e desigualdades existentes na sociedade brasileira.”²⁷⁹

A breve exposição teórica feita até aqui a respeito do espírito do Direito Administrativo no Estado Social é imprescindível para possibilitar a compreensão dos motivos que fazem com que a teoria da responsabilidade civil preventiva mostre-se como uma ferramenta aliada da Administração Pública inclusiva na persecução dos objetivos constitucionais acima expostos.

Como ensina Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, “o instituto da responsabilidade civil foi cunhado ao longo dos tempos sob a égide de uma ideologia liberal, assentada no patrimonialismo, responsável pela falsa ou insatisfatória afirmação da suficiência da

²⁷⁶ Deve-se frisar que a doutrina administrativa sempre divergiu quanto à conveniência dessas alterações, como bem analisa Irene Patrícia Nohara em: NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁷⁷ Ressalte-se, porém, que até mesmo a existência do princípio da subsidiariedade não era tema pacífico entre os estudiosos, como demonstra a análise crítica de Emerson Gabardo: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 203-250.

²⁷⁸ O termo também é utilizado em: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

²⁷⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 136.

solução indenizatória”.²⁸⁰ E, devido ao processo, promovido com a instituição do Estado Liberal, de monetização de todos os fatores e esferas da vida privada, o ideário jurídico da época tomava como objeto dos litígios judiciais sempre algo dotado de valor de troca. Em razão disso, havia a crença de que todos os direitos violados podiam ser tutelados através do ressarcimento pecuniário, pois todos os bens jurídicos protegidos pelo ordenamento podiam facilmente ser quantificados monetariamente.²⁸¹

Quando se recorda que no Estado Liberal vigia a concepção formal do princípio da igualdade, é fácil perceber por que a única tutela ofertada pelo ordenamento jurídico para satisfazer os direitos dos cidadãos era a ressarcitória. Afinal, é esse o instrumento ideal para que todos sejam tratados da mesma forma diante da lei. Reduzindo-se, ao fim do processo, toda e qualquer lesão em um valor monetário, não se abre margem para que o juiz realize uma apreciação diversificada das necessidades sociais expressadas por cada cidadão, o que faz com que não haja, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, um “programa de proteção das posições sociais mais frágeis”.²⁸²

Se não havia motivos para o juiz se importar com as diferenças entre os bens jurídicos levados à sua análise (já que tudo era, ao final, monetizado), não havia também, pois, necessidade (e nem lógica) para se pensar em uma tutela preventiva. Além disso, no Estado Liberal, como já ressaltado, os únicos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento eram os chamados “direitos de liberdade”, que impunham, como regra, uma posição de abstenção do Estado na esfera privada. A jurisdição, como consequência, só era acionada a partir do momento que a liberdade ou a propriedade de algum cidadão houvesse

²⁸⁰ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 199.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 17.

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 18.

sido violada,²⁸³ o que também impedia o desenvolvimento de uma lógica essencialmente preventiva.²⁸⁴

Com efeito, com base nisso tudo é possível constatar que “o liberalismo clássico não tinha necessidade – diante dos bens e direitos que considerava – nem a possibilidade – em razão da maneira como enxergava as relações entre o Estado e os particulares – de conferir função realmente preventiva ao processo de conhecimento”.²⁸⁵

Como se vê, o atual regime jurídico da responsabilidade civil do Estado no Brasil está ligado a uma lógica *liberal, subjetivista, individual e patrimonialista*.²⁸⁶ Tal instituto, cunhado exatamente em um momento histórico no qual o paradigma do Estado Liberal de Direito vigia soberanamente, possui em sua estrutura as marcas intrínsecas dos ideais que o forjaram. Isto é, admitir que a única função da responsabilidade civil seja possibilitar a condenação do Estado ao pagamento de indenizações pecuniárias (ou mesmo de outras formas de reparação) aos cidadãos vítimas das atividades lesivas da Administração Pública, é continuar a aceitar a tese de que os bens jurídicos podem ser todos convertidos em valores monetários e que aos magistrados não é dada a capacidade de, reconhecendo as peculiaridades exigidas por cada caso concreto, conceder tutelas mais complexas do que a ressarcitória.

²⁸³ Nesse paradigma, o Judiciário era concebido como um Poder com poucas atribuições, não podendo interferir demasiadamente na vida privada dos indivíduos. O cenário, porém, como já se disse, passou por fortes alterações, fazendo com que hoje o Poder Judiciário tenha uma relevância extremamente impactante não só na coação das atitudes particulares, como também na conformação de políticas públicas. Sobre o tema, ver: OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo: o Judiciário como superego. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 177-206, jul./set. 2012.

²⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 93, vol. 824, p. 34-60, jun. 2004. p. 44-45.

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 57.

²⁸⁶ Como ensina Daniel Wunder Hachem, “é, pois, no sistema de garantias jurisdicionais que se podem perceber com maior nitidez os três predicados mais expressivos do Direito Administrativo clássico: (a) liberal, eis que se voltava à proteção das liberdades contra ações positivas da Administração, e não contra sua inatividade; (b) subjetivista, uma vez que outorgava o grau mais sólido de proteção jurídica ao direito subjetivo, deixando de lado a tutela de outros interesses que não se enquadrassem nesse qualificativo, salvo raras exceções; (c) individualista, pelo fato de que se preocupava apenas com o resguardo de interesses passíveis de apropriação individual por um cidadão determinado, não admitindo a reivindicação jurisdicional de pretensões transindividuais.” HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 236.

Evidentemente esse cenário não é compatível com a Administração Pública da Constituição Federal de 1988, que, como dito acima, longe de tratar todos os cidadãos igualmente ou de apenas atuar para garantir o exercício de suas liberdades, é norteadada por um objetivo de *inclusão social*, o qual é perseguido através de ações positivas, praticadas com intervenções nos domínios econômico e social. Desse modo, ainda que desenhado pela própria Constituição de 1988, é possível afirmar que o atual modelo de responsabilização civil do Estado não se mostra adequado para o cumprimento das demandas sociais da contemporaneidade, nem para a realização das tarefas da Administração Pública inclusiva.

A modalidade preventiva da responsabilidade civil do Estado mostra-se interessante, portanto, entre outros motivos, porque supera a lógica liberal de que todos os bens jurídicos são passíveis de uma conotação pecuniária. No Estado Social, o Direito vai muito além do dinheiro. Sua preocupação maior é com a cláusula da dignidade da pessoa humana – e com efetivação de todos os direitos sociais que possibilitam que os cidadãos mais carentes também sejam albergados por esse valor. Ao permitir que a ocorrência de determinados danos seja evitada, a responsabilidade civil do Estado preventiva faz com que a população seja protegida com maior intensidade, impedindo que sofra danos que, se forem reparados, só serão indenizados após longos anos.

Assim, constata-se que a responsabilidade civil do Estado preventiva cumpre o objetivo maior de todos os institutos do regime jurídico-administrativo: a satisfação do interesse público. E, nesse caso, atende-se tanto ao interesse primário, quanto ao interesse secundário. Antes de se adentrar nesse ponto específico, cumpre realizar uma ressalva metodológica: para se falar em interesse primário e secundário da Administração, deve-se, antes, expor a própria definição da categoria do interesse público.

Embora seja difícil defini-lo conceitualmente – o que, inclusive, faz com que esse termo seja usado nas mais diversas acepções pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudência – e, ainda, embora qualquer definição dada à expressão "interesse público" seja fortemente acentuada por questões ideológicas, não se pode negar a existência de um conteúdo jurídico-normativo que lhe é próprio.²⁸⁷

²⁸⁷ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011. p. 59-61.

Na clássica doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, os interesses dos cidadãos se expressam em duas dimensões: (i) uma *particular*, referente às suas conveniências pessoais; e (ii) uma *pública*, que é expressada pelo cidadão não como ser individualmente considerado, mas como membro de uma coletividade. Assim, em sua definição, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do “conjunto de interesses que os indivíduos *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”.²⁸⁸

A partir disso, Bandeira de Mello conclui que o interesse público não é algo abstrato, impalpável, indefinido. Pelo contrário, ele possui um conteúdo jurídico bem definido, o que é extraível diretamente do Direito positivo. Em outras palavras, pode-se dizer que é de interesse público o respeito e a efetivação das normas que, primeiramente, constam na Constituição Federal e, na sequência, nas leis infraconstitucionais e nos atos administrativos.²⁸⁹ Nesse sentido, “um determinado interesse passa a ser reconhecido como público a partir do momento em que o legislador (constituente ou ordinário) reconhece a conveniência ou a necessidade de recepcioná-lo como tal, outorga-lhe proteção jurídica, e determina se ele será realizado pelos particulares ou pela Administração”.²⁹⁰

A teoria de Bandeira de Mello, principal responsável pela conformação da categoria do interesse público no Direito Administrativo brasileiro, possui forte inspiração na doutrina de Renato Alessi. O italiano, para demonstrar que interesse público não é “simplesmente o interesse da Administração compreendida como aparato organizativo autônomo”, mas, sim, aquele “formado do complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade”,²⁹¹ diferencia os interesses primários dos secundários.

²⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 60-61.

²⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 68.

²⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 148.

²⁹¹ No original: “Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l’amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si note bene, semplicemente l’interesse dell’Amministrazione intesa come apparato organizzativo autonomo, sibbene quello che è stato chiamato l’interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività”. ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. t. I: I soggetti attivi e l’esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 232-233. Tradução livre.

Os únicos interesses verdadeiramente públicos, nessa linha, seriam os *interesses primários*, aqueles que a Administração deve perseguir como seu maior objetivo. No entanto, não se pode desconsiderar que o Estado é também ele uma pessoa jurídica e, nessa condição, ostenta, assim como os particulares, alguns interesses que lhe são próprios. Dessa forma, “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa.”²⁹² O *interesse secundário* é normalmente exemplificado a partir de questões financeiras, ligadas aos interesses fazendários da Administração (o interesse de arrecadar mais ou de gastar menos dinheiro, por exemplo).

Acima já se demonstrou por que a responsabilidade civil preventiva se mostra como um instrumento hábil a auxiliar a Administração – ainda que pontualmente, é claro – na tarefa de satisfazer os interesses públicos primários, já que seu maior objetivo é impedir que a esfera jurídica dos cidadãos seja vilipendiada – e é difícil que haja algum interesse mais *público* do que esse.

O que se deve ressaltar, entretanto, é que esse instituto também pode se mostrar como uma forma de atender ao interesse secundário da Administração. Lembre-se que, atualmente, a responsabilidade civil do Estado é regida por uma lógica ressarcitória. Assim, qualquer dano que o Estado cause a alguém por suas ações ou omissões na esfera cível, será, via de regra, reparado através de uma indenização pecuniária. Com isso, é fácil perceber que o modelo de responsabilização civil do Estado meramente ressarcitório contribui para o aumento das despesas estatais. O caos vivenciado há anos no sistema brasileiro de precatórios é, por si só, uma grande comprovação disso.

Ao impedir que danos sejam realizados, a responsabilidade civil do Estado preventiva evita que o Poder Público deva despender parcela de seus já escassos recursos com condenações judiciais indenizatórias. Assim, por mais que em um primeiro momento possa parecer que a responsabilidade civil preventiva seja simplesmente mais um instrumento utilizável para por os cidadãos em combate com o Estado, na prática ele

²⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 66.

também pode se demonstrar como meio de realizar o interesse secundário da Administração, ao passo que diminuiu as situações judiciais nas quais ela é condenada ao pagamento de uma indenização.

Também deve-se reconhecer, assim como fazem Mello e Alessi,²⁹³ que, apesar de conceitualmente diversos, nada impede que o interesse secundário em determinadas situações se amolde ao interesse coletivo primário – e, aliás, será apenas nesses casos que aquele poderá ser perseguido pela Administração. Com efeito, a utilização do instituto da responsabilidade civil preventiva é exatamente uma dessas hipóteses, pois, em última análise, fazer com que o Estado não deva despender seus recursos com indenizações de danos que poderiam ter sido evitados é permitir que essas verbas possam ser destinadas de uma melhor forma dentro do orçamento público, para viabilizar a realização de atividades de inegável interesse público (como para a melhoria do sistema de prestação de serviços públicos, por exemplo).

Isto posto, uma vez demonstrada a importância do instituto da responsabilidade civil do Estado preventiva no contexto de uma Administração Pública inclusiva (por maximizar a possibilidade de atendimento dos interesses primários e secundários que o Poder Público nesse paradigma político), deve-se agora buscar identificar um instrumento prático capaz de tornar real essa teoria.

3.3. Tutela contra o ilícito: breves apontamentos sobre sua natureza jurídica e seu desenvolvimento no Direito Processual Civil

No início, quando a jurisdição começou a ser concebida como função autônoma do Estado, o seu objetivo maior no âmbito cível era a reparação de direitos subjetivos que houvessem sido violados. O Poder Judiciário, nesse contexto, agia sempre apenas em um momento *posterior* à ocorrência do dano, uma vez que a viabilização de uma função essencialmente preventiva da jurisdição necessitaria de uma ampliação dos poderes interventivos do juiz, o que definitivamente não era do interesse das classes dominantes no

²⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014. p. 67; ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. t. I. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 233.

Estado Liberal.²⁹⁴ Em matéria de responsabilidade civil do Estado esse cenário era acentuado por ainda outro fator: a rígida separação de poderes instituída no florescer dos Estados de Direito, que tinha o objetivo de impedir que o Poder Judiciário interviesse nas atividades do Parlamento e da Administração Pública.²⁹⁵ Uma constrição judicial a algum ato do Poder Executivo poderia vir apenas após a realização desse ato e a consequente verificação de que ele, de algum modo, infringia o Direito, mas jamais uma atuação preventiva, voltada a determinar que o Poder Público agitasse de tal ou qual forma, com o objetivo de impedir ou cessar alguma atitude antijurídica.

Nessa conjuntura, como demonstra Cristina Rapisarda, a maioria dos processualistas ainda defendia o requisito da violação de um direito subjetivo como parte da estrutura lógica do direito de ação, isto é, como elemento essencial da noção de interesse de agir.²⁹⁶ Luiz Guilherme Marinoni critica fortemente esse cenário, afirmando que nesse contexto histórico “a tutela jurisdicional não tinha qualquer preocupação de fazer valer o desejo das normas ou de prestar um equivalente ao sinal da lesão, o que significa dizer que a jurisdição não tinha como meta primária a tutela de direitos”.²⁹⁷

Esse panorama só começou a ser alterado após a superação da noção privatística de jurisdição. Com base nas lições de Piero Calamandrei e Giuseppe Chiovenda, alterou-se o modo de se enxergar a relação indivíduo-autoridade judicial. Tudo isso, frise-se, quando começavam a serem aplicadas as características fundantes do Estado Social, com o

²⁹⁴ RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 18.

²⁹⁵ Montesquieu, inclusive, na mesma obra que teoriza a separação dos poderes, chegou a dizer que o “o poder de julgar é, de algum modo, nulo”, sendo que os juízes seriam “somente a boca que pronuncia as palavras da lei, os seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. Cf. ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: o medo e a esperança. In: WEFORT, Francisco C (Org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. 7. reimp. São Paulo: Ática, 2006. p. 177; 180. Para uma visão mais contemporânea da teoria da separação dos poderes, ver: CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015.

²⁹⁶ É o caso de Lodovico Mortara, Domenico Viti e Giuseppe Manfredini. Como explica Rapisarda, “a prevalência conceitual acordada na formulação teórica do direito de ação, ao princípio da tutela dos direitos subjetivos privados, fazia considerar novamente a violação do direito como requisito necessário ao manejo da ação civil, uma vez que só assim se justificava a intervenção reguladora dos órgãos de poder estatal no domínio, geralmente livre e autônomo, das relações jurídicas interprivadas”. No original: “la prevelenza concettuale accordata, nella formulazione teorica del diritto di azione, al principio di tutela dei diritti soggettivi privati, portava a considerare nuovamente la violazione del diritto come requisito necessario all’esperibilità dell’azione civile, poichè solo così si giustificava l’intervento regolatore degli organi del potere statale nel dominio, generalmente libero ed autonomo, delle relazioni giuridiche interprivate”. RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 26.

²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção** – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 19.

aumento dos poderes de intervenção do Estado na esfera da liberdade individual e a consequente evolução de técnicas jurisdicionais adequadas a essa nova realidade.²⁹⁸

Além disso, os riscos iminentes de lesão a direitos, cada vez mais comuns e intensos na contemporaneidade, os eventos danosos irreparáveis ou não quantificáveis monetariamente e as catástrofes praticadas em escala transindividual passaram a exigir, além da tradicional tutela ressarcitória, uma forma de tutela que fosse hábil a operar antes da violação da ordem jurídica e, assim, antes da realização de danos.

É nessa conjuntura que o Direito Processual Civil italiano desenvolve a sua primeira ferramenta jurisdicional com função preventiva²⁹⁹. Ainda que não *puramente preventiva*, vez que o ideal preventivo, nesse caso, apenas acompanhava a finalidade declaratória, a “*azione di mero accertamento*” (algo como “ação de mera confirmação”, em uma tradução livre) tinha o escopo de eliminar uma incerteza existente acerca de alguma relação jurídica, dos limites de aplicação de alguma norma ou de extensão de algum direito ou, até mesmo, da interpretação de alguma cláusula contratual. Com a solução dessa “dúvida” a “*azione di mero accertamento*”, enquanto instrumento prévio à transgressão de um preceito jurídico, prevenia o perigo de cometimento de um futuro ato ilícito.³⁰⁰

Trata-se, com efeito, de um instrumento jurídico que, à época, cumpria sua função de prevenir a ocorrência de conflitos (os quais poderiam desencadear danos). Não era, definitivamente, entretanto, uma tutela preventiva por excelência. Mas já foi um início. Foi a demonstração de que o processo civil precisava se adaptar à nova realidade e se reinventar para tutelar as novas situações jurídicas postas sob sua jurisdição.

Como afirma Giorgetta Basilico, o processo civil deve ser entendido como instrumento para a realização dos direitos, que, por algum motivo, não puderam ser plenamente exercidos apenas com as ferramentas materiais. Trata, nesse sentido, de resolver “*crises de direito*”, que, na definição da autora italiana, são as situações na qual algum fato impede, temporária ou definitivamente, que o titular de um direito o realize de

²⁹⁸ RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 51-52.

²⁹⁹ Deve-se ressaltar que, a rigor, não existe no ordenamento uma “espécie” de tutela tida como preventiva, assim como existem tutelas provisórias, cautelares, cognitivas, executivas, etc. No entanto, é possível identificar uma maior ou menor *função preventiva* em algumas tutelas jurisdicionais, o que torna possível que, da ótica funcional, existam tutelas que possam ser chamadas de preventiva, sem qualquer pretensão de tentar criar uma espécie própria de tutela nesse sentido. BASILICO, Giorgetta. **La tutela civile preventiva**. Milano: Giuffrè Editore, 2013. p. 2.

³⁰⁰ RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987. p. 60-61.

modo pleno, limitando assim sua esfera jurídica subjetiva. Aceito esse pressuposto, Basilico, em posição com a qual aqui se concorda, defende que para dar a melhor solução jurisdicional ao cidadão que busca o socorro do Poder Judiciário, deve-se buscar identificar se a resolução daquele problema requer que a concessão da tutela pretendida se dê *antes* ou *após a efetivação da “crise do direito”* analisada.³⁰¹

Em um ordenamento jurídico-processual que pretenda seguir a célebre máxima de Chiovenda segundo a qual “*o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*”,³⁰² não pode admitir que contra violações de bens jurídicos não patrimoniais ou irreparáveis sejam ofertadas apenas tutelas ressarcitórias. Afinal, assim não se estará dando à vítima exatamente tudo aquilo a que ela tem direito (no caso, a não-violação de sua esfera jurídica). Nessas hipóteses, portanto, faz-se necessária a concessão de “uma tutela jurisdicional diferenciada, que garanta uma prevenção efetiva do dano, a cessação imediata do ilícito e o reestabelecimento do *status quo ante*”.³⁰³

Defendendo, nessa mesma linha, a necessidade de que o processo civil disponibilize aos jurisdicionados meios efetivos de tutelar seus direitos, Sérgio Cruz Arenhart chega a afirmar que “repugna a qualquer jurista preocupado e engajado na luta pela efetividade do direito pensar que o Estado satisfaça sua missão de produtor do direito com um paliativo sem qualquer preocupação com o verdadeiro trato que mereceria o direito assegurado.” Afinal, “reconhecer um direito e não dar-lhe a tutela adequada é o mesmo que não oferecer tutela ao direito em questão”.³⁰⁴

O ordenamento jurídico já está repleto de instrumentos processuais voltados à repressão de eventos danosos – e talvez a responsabilidade civil ressarcitória seja o mais

³⁰¹ Ainda segundo Basilico, a tutela civil do dano age segundo um binário: (i) se o dano já ocorreu, não há nada o que ser feito senão tentar buscar sua reparação da melhor forma possível, em uma demonstração da típica estrutura tradicional do instituto da responsabilidade civil; (ii) no entanto, se o dano ainda não ocorreu, a possível futura vítima possui interesse e legitimidade para requerer ao juízo ordens que façam com que o réu não pratique ou repita a prática de atos contrários ao direito, de modo a evitar a ocorrência de tal dano. BASILICO, Giorgetta. **La tutela civile preventiva**. Milano: Giuffrè Editore, 2013. p. 22-23; 37.

³⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. p. 67.

³⁰³ No original: “una tutela giurisdizionale differenziata, che garantisca una prevenzione effettiva del danno, la cessazione immediata dell’illecito, il ripristino dello *status quo ante*”. MILETTI, Antonella. **Tutela inibitoria individuale danno ambientale**. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 200. Tradução livre.

³⁰⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 33-34.

comum deles. São tutelas que, visando à reparação das lesões sofridas pelas vítimas, atuam em um momento posterior, voltando-se para acontecimentos do passado. Mas, se o processo civil de fato deve servir como ferramenta para proteção e promoção do Direito material e se, como demonstrado no tópico 1.3., dano e antijuridicidade são categoriais independentes, é natural se perguntar por que, por tanto tempo, não houve uma forma de tutela jurisdicional que se voltasse especificamente contra o ilícito (pretendendo resguardar o direito material em sua origem), sem se importar com o dano.

A resposta para essa pergunta já foi mencionada diversas vezes ao longo deste trabalho: a prevalência de ideais de índole liberal e patrimonial no momento de conformação dos principais institutos processuais disponíveis até hoje no ordenamento, o que fez com que, por um longo período, não fossem disponibilizadas ao Estado-juiz ferramentas aptas a intervir na esfera de liberdade dos cidadãos, limitando-o a converter danos em pecúnia e a determinar a indenização destes.

No entanto, a superação do Estado Liberal, o florescimento de novos direitos (não monetizáveis) e o desenvolvimento de riscos mais constantes e potentes fizeram com que o ordenamento jurídico-processual reconhecesse a necessidade de adaptação à essa nova realidade e de instituição de tutelas que, muito diferentemente daquelas já existentes, pudessem constranger os particulares a, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa, evitar a prática de algum ato ilícito e/ou danoso.

As tutelas provisórias (tanto antecipadas, quanto cautelares) de certo modo já demonstravam uma preocupação com a prevenção de danos irreparáveis,³⁰⁵ partindo do reconhecimento (implícito) de que a redução de todos os bens jurídicos a valores monetários – tarefa realizada através das tutelas ressarcitórias e reparatórias – é insuficiente para a complexidade dos direitos e das relações jurídicas contemporâneas.³⁰⁶

Atualmente, a cláusula geral³⁰⁷ de uma tutela preventiva no Direito brasileiro está disposta no parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil, que dispõe que “para

³⁰⁵ É o que se depreende da leitura do art. 300 do Código de Processo Civil, que dispõe que as tutelas de urgência serão concedidas “quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o *perigo* de dano ou o *risco* ao resultado útil do processo”.

³⁰⁶ MILETTI, Antonella. **Tutela inibitoria individuale danno ambientale**. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 205.

³⁰⁷ Aqui, deve ser louvado a legislação brasileira que, diferentemente da italiana, previu uma cláusula geral de tutela preventiva. Na Itália, país onde os processualistas civis brasileiros buscaram inspiração para o desenvolvimento da tutela contra o ilícito existente hoje no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo

a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.” Cumpre realizar aqui uma ressalva, ainda que um tanto óbvia: quando o CPC se refere a ilícito, é evidente que está se referindo ao conceito de antijuridicidade. Ou seja, não trata apenas de atos que violem leis, mas atos que violem o ordenamento jurídico como um todo (aí compreendida, principalmente, a Constituição Federal).

Luiz Guilherme Marinoni enxerga nesse dispositivo duas formas de tutela jurisdicional: “(i) a *tutela inibitória*, que pode se voltar contra a prática, repetição ou a continuação de um ilícito; e (ii) a *tutela de remoção do ilícito*, direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita”.³⁰⁸ Para o processualista, ambas são espécies integrantes de um gênero mais amplo de tutelas processuais preventivas: a *tutela contra o ilícito* (que poderia ser chamada, com mais rigor, de *tutela contra a antijuridicidade*).

Antes de se analisar o conteúdo e a natureza jurídica dessas tutelas, vale ressaltar que, mesmo antes da edição do Código de Processo Civil de 2015 (que foi pioneiro em prever expressamente essa matéria), Marinoni já defendia a possibilidade de utilização da tutela contra o ilícito no Direito brasileiro. Fazia isso com base no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor³⁰⁹ e no art. 461 do Código de Processo Civil de 1973.³¹⁰ Mas, acima de tudo, seu fundamento era o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal,³¹¹ que, ao obrigar o

Civil, são tipificadas apenas algumas hipóteses determinadas de cabimento de tutela inibitória e/ou de remoção do ilícito, o que é objeto de fortes críticas pela doutrina especializada. Vittorino Pietrobbon, nesse sentido, afirma que “um estudo sobre a ilicitude só faz sentido se, além de delinear uma figura geral de ilícito, trace também as linhas de uma ação geral de defesa contra esse ilícito: uma ação geral, não prevista por hipóteses típicas, utilizável contra qualquer caso qualificável como ilícito”. No original: “uno studio sull’illecito ha senso e significato se, olte a delineare una figura generale di illecito, tracci anche le linee di una azione generale di difesa contro di esso: un’azione generale, non prevista per ipotesi tipiche, ma utilizzabile contro ogni caso qualificabile come illecito”. PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fato illecito**: inibitoria e risarcimento. Padova: CEDAM, 1998. p. 115. Tradução livre.

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 15.

³⁰⁹ **Código de Defesa do Consumidor** (Lei nº 8.078/90). **Art. 84**. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

³¹⁰ **Código de Processo Civil de 1973** (Lei nº 5.869/73). **Art. 461**. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

³¹¹ **Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. XXXV** - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Judiciário a apreciar não só as lesões, mas também as *ameaças de lesões a direito*, consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e, assim, o direito à técnica processual adequada para viabilizar uma prevenção a essas lesões.³¹² Outra autora que também seguia essa tendência era Andreza Cristina Stonoga. Para ela “a tutela preventiva é intrínseca ao Estado Democrático de Direito”, uma vez que “a prevenção do ilícito é indispensável para um ordenamento jurídico-constitucional que se funda na dignidade da pessoa humana e que busca garantir, na prática, esse fundamento”.³¹³

O parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil ao deixar claro, como visto, a diferenciação entre ato ilícito, dano, culpa e dolo consagra, sem deixar dúvidas, que essas tutelas não têm como pressuposto nenhum desses três últimos elementos.

A configuração do dano é a característica essencial para a pretensão ressarcitória. Só pode requerer uma reparação, aquele que sofreu um prejuízo. Exatamente em razão disso é que a tutela preventiva dos direitos não precisa se preocupar com o dano.³¹⁴ Como o que se objetiva não é o ressarcimento, não se deve buscar aferir a ocorrência (ainda que futura) ou não de uma lesão.

O mesmo ocorre quanto ao elemento subjetivo da conduta do agente. Como explica Arenhart, “qualquer ação que vise a proteger contra a futura ocorrência do ilícito não terá de considerar, jamais, se a conduta a ser evitada será ou não culposa, já que o único objetivo é impedir a sua ocorrência”.³¹⁵ O mesmo, evidentemente, aplica-se aos casos nos quais o ilícito já ocorreu e o que se pretende é a sua remoção. A tutela contra o ilícito, deve-se lembrar, não tem qualquer conteúdo sancionatório. Ela *não pune* quem praticou ou está

³¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 202.

³¹³ STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito**. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 26.

³¹⁴ Sobre o tema, Arenhart leciona que nas tutelas jurisdicionais em que não se visa o combate do dano, é desnecessária e até mesmo supérflua uma preocupação a respeito dele. Nessas situações, a índole investigativa do magistrado deve se limitar a averiguar a existência prévia ou probabilidade de ocorrência futura de algum ato ilícito, abstendo-se de qualquer forma de verificação quanto aos efeitos dele decorrentes. ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 103; 110. Também bastante lógica é a justificativa conferida por Marinoni para afirmar que a tutela contra o ilícito não deve se preocupar com o dano é bastante lógica: “se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este último existir independentemente do primeiro, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção** – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 25.

³¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 113.

para praticar o ilícito, *apenas remove seus efeitos* ou *impede sua prática*.³¹⁶ E é por causa disso que se diz ser incompatível com a natureza dessa tutela a busca pela comprovação acerca da existência de culpa ou dolo. Sendo essa uma forma de tutela que pretende reestabelecer a harmonia e a integridade do ordenamento jurídico – e não punir o sujeito transgressor da norma –, pouco importa se a violação ou a ameaça de violação a alguma norma jurídica se deu com culpa ou dolo ou não.

O foco, desse modo, tanto da tutela inibitória como da tutela de remoção do ilícito, é a ilicitude/antijuridicidade – e é por esse motivo que, como dito acima, Marinoni congrega essas duas espécies dentro do gênero que intitula de “tutela contra o ilícito”. Ambas têm por escopo a imposição de uma obrigação de fazer ou de não fazer, com o objetivo de inibir a prática, reiteração e continuação de uma conduta antijurídica (no caso da inibitória) ou de remover seus efeitos (no caso da tutela de remoção).

A antijuridicidade, nesse contexto, possui uma *dupla função*: (i) uma *objetiva*, que tem o escopo de determinar o fato específico que gera a exigência da tutela preventiva, o qual, em sentido amplo, pode ser considerado a essência do interesse de agir daquele que busca impedir ou remover um ilícito; e (ii) uma *subjetiva*, a florada ao passo que possibilita identificar os sujeitos ativos e passivos da demanda, com base na titularidade do direito que se alega violado e na imputação do fato ilícito.³¹⁷

Com base na literalidade do art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil é possível afirmar a existência de três modalidades de inibitória: (i) uma voltada contra a ameaça de *realização de um ato antijurídico*, utilizada nas situações em que o réu ainda não cometeu nenhuma atitude antijurídica; (ii) uma voltada contra a ameaça de *repetição de um ato antijurídico*, cabível quando o réu já praticou alguma ilicitude e está prestes a repeti-la; (iii) e, por fim, uma voltada contra a *continuidade de realização da antijuridicidade*, também quando o ato já ocorreu, mas com a diferença de que, nesse caso, ele não se esgotou em um instante, continuando a ser praticado no decorrer do tempo, motivo pelo qual a inibitória se faz necessária para cessá-lo.

Nesse ponto, porém, uma observação deve ser feita. Como se pode perceber, no âmbito das tutelas que se voltam contra a antijuridicidade, “contenta-se o provimento

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 39.

³¹⁷ BASILICO, Giorgetta. **La tutela civile preventiva**. Milano: Giuffrè Editore, 2013. p. 54.

jurisdicional com a existência de *ameaça do ilícito*”.³¹⁸ Nesse sentido, a mera probabilidade de ocorrência futura de uma ilicitude já é fator suficiente para permitir a concessão dessa tutela, objetivando-se a não realização de tal ato. Eduardo Talamini, entretanto, chama atenção para o fato de que a ameaça de violação (ou de repetição de violação) de algum direito que justifica o interesse processual para a concessão de uma tutela inibitória deve ser objetiva e atual. *Objetiva*, em primeiro lugar, porque “não é qualquer temor, derivado da simples insegurança psicológica do titular do direito que autoriza a proteção preventiva”. E *atual* porque a violação que se pretende prevenir “deve ser iminente e não prevista para um futuro remoto.” Assim, em que pese o fato de que “o grau de ‘ameaça’ exigido para a concessão da tutela preventiva variará de um caso para outro, conforme a relevância dos bens jurídicos a proteger e os sacrifícios que o deferimento da providência puder gerar na esfera jurídica do réu”, é certo que a iminência da lesão deverá ser provada com base em meios objetivos de cognição.³¹⁹

Enquanto a tutela inibitória se preocupa com um ilícito que *vai* acontecer, *vai* se repetir ou *vai* continuar acontecendo (com vistas ao futuro, portanto), a tutela de remoção do ilícito se dirige ao passado. Seu foco é a remoção de um ilícito já praticado e consumado no tempo.

Nesse ponto é comum que se faça uma confusão em razão do direcionamento pretérito da tutela de remoção, buscando até mesmo negar-lhe função preventiva, ao se considerar que, por se reportar a um evento lesivo passado, seu objetivo seria o de reprimir algum dano.

No entanto, ao contrário do que se poderia imaginar inicialmente, a tutela de remoção do ilícito *também não se preocupa com o dano*. Seu objeto continua a ser um ilícito. Um ilícito já praticado, é verdade – o que, nesse ponto, a diferencia da tutela inibitória – mas, ainda assim, um ilícito puro e simples, não importando o dano que dele *pode* ter sido gerado.³²⁰

³¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 110.

³¹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 219-220.

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção** – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 26-27.

Imagine-se, nesse sentido, a hipótese de que o Poder Público promova e divulgue uma campanha publicitária com cunho vexaminoso, que ofenda a honra e a imagem de alguma pessoa ou grupo da sociedade. Uma propaganda machista da empresa pública estadual prestadora do serviço de energia elétrica, divulgada quase que diariamente em rede aberta de televisão, na qual se reduz o papel de importância da mulher dentro de casa, por exemplo. Ou uma imagem compartilhada em mídias sociais pelo perfil oficial de um dado Município que, a pretexto de ser uma piada, carrega forte conteúdo homofóbico.

Nesses casos, o ato ilícito já foi praticado, não sendo mais possível, portanto, inibi-lo. Por outro lado, pode ser que nenhuma pessoa em específico, que tenha se sentido ofendida por uma dessas campanhas, deseje se incomodar a ponto de ingressar com uma ação judicial requerendo indenização por danos morais (a qual, talvez, sequer venha a ser julgada procedente em uma hipótese como essa, já que dificilmente se comprovaria o abalo psicológico sofrido).

Enquanto isso, tal ato ilícito continua a propagar seus efeitos antijurídicos. O ordenamento, desse modo, deve ofertar um instrumento processual hábil a fazer com que a Administração Pública seja obrigada a remover os efeitos da ilicitude que está praticando (nesse caso, a retirar as campanhas publicitárias de divulgação), sem que seja necessário provar que isso tenha causado dano a alguém. Tal instrumento é exatamente a tutela de remoção do ilícito.

Outro equívoco comum é supor que a tutela contra o ilícito é uma forma de tutela contra a probabilidade futura de dano. Ainda que, como já dito, o dano seja uma causa frequente da violação de uma norma jurídica, o conceito de ilicitude compreende pura e simplesmente um desrespeito ao ordenamento jurídico. Na prática há de ser comum que quem ajuíze ação requerendo uma tutela contra o ilícito esteja, em última análise, buscando se proteger do sofrimento de um dano. Em termos estritamente processuais, porém, os operadores do Direito só deverão se preocupar com averiguar a violação de uma norma jurídica – tarefa que poderá ser facilitada, é verdade, conseguindo-se demonstrar a probabilidade de ocorrência futura de um dano. De outro modo, estar-se-ia tratando de uma tutela de *inibição do dano*, e não do *ilícito*.³²¹

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito:** inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 25-26.

Por fim, também não se deve deixar enganar pelo fato de que, tradicionalmente, no Estado Liberal tutelas preventivas e mandamentais como aquelas previstas no parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil eram vedadas em razão de temores referentes a invasões nas esferas privadas de liberdade e, assim, passar a crer que a defesa pela utilização dessas tutelas tem por objetivo aumentar ainda mais os poderes que já gozam os magistrados no Brasil atualmente. A intenção – isso sim – é atualizar e modernizar os instrumentos jurisdicionais que estão à disposição do Poder Judiciário,³²² com a finalidade última de viabilizar uma proteção mais eficiente dos direitos materiais dos cidadãos.

3.4. A tutela contra o ilícito e o Direito Administrativo: instrumento para a responsabilidade civil do Estado preventiva

Existe uma grande diferença entre, de um lado, a responsabilidade moral de quem utiliza de suas capacidades e esforços pessoais para atingir objetivos também de ordem pessoal e, de outro, a responsabilidade de quem, em razão de cargo ou função pública, utiliza de poderes coletivos para satisfazer interesses sociais. É por isso que a responsabilização civil do Estado difere, em sensíveis pontos, do sistema de responsabilidade civil dos particulares. Uma diferença, frise-se, não apenas *quantitativa*, mas também *qualitativa*. Aliás, é exatamente porque o Estado, muito mais do que qualquer agente privado, põe em risco os direitos dos cidadãos, que o seu modelo de responsabilização deve ser, também, qualitativamente mais refinado. Em razão disso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “naquelas atividades em que há um emprego de poder coletivo, em que um homem ou grupo de homens dispõem-se, voluntariamente, a decidir pelo grupo, a exigência moral da previsão das consequências, possíveis e prováveis, é inafastável”.³²³ A responsabilidade civil do Estado preventiva, portanto, busca assegurar

³²² MILETTI, Antonella. **Tutela inibitoria individuale danno ambientale**. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005. p. 219.

³²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder**: sistema de direito político, estudo juspolítico do poder. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 216-217.

aquilo que Romeu Felipe Bacellar Filho chama de “ética da responsabilidade no emprego do poder”.³²⁴

Também defendendo a necessidade de que a Administração Pública reconheça e pratique seu dever de prevenir danos e, especialmente, propondo isso através do instituto da responsabilidade civil do Estado, encontra-se a posição de Juarez Freitas. Para ele, “a doutrina da responsabilidade extracontratual do Estado precisa ser reequacionada para, a um só tempo, *incentivar o cumprimento de deveres prestacionais* e reparar os danos injustos gerados pela crônica omissão das autoridades públicas”.³²⁵

A responsabilidade civil do Estado preventiva, todavia, ainda que teoricamente sustentável, necessita de um instrumento hábil a torná-la factível. Como dito acima, a ferramenta mais adequada para a concretização da responsabilidade civil do Estado preventiva é a utilização da tutela contra o ilícito em face do Poder Público.

Ressalte-se, entretanto, que essa não é a *única* possibilidade de utilização dessa forma tutela envolvendo a Administração Pública. Um âmbito relacionado ao Direito Administrativo em que ela também pode ser aplicada, por exemplo, é o dos processos administrativos antitrustes, da Lei nº 12.529/2011, como defendem Rodrigo Pereira Moreira e Shirlei Silmara de Freitas Mello.³²⁶ Além disso, Elmer da Silva Marques desenvolveu toda uma dissertação a respeito da possibilidade de antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública, trabalho no qual também analisa diversas hipóteses de aplicação desse instrumento contra o Poder Público.³²⁷

Assim, afasta-se de antemão qualquer possível argumentação no sentido de que a tutela contra o ilícito não poderia ser utilizada em face da Fazenda Pública, uma vez que sua construção inicial se dá toda no Direito Privado. Afinal, sua admissibilidade não decorre da natureza do direito que se pretende ver protegido, “mas sim em virtude da

³²⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 197.

³²⁵ FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 170.

³²⁶ MOREIRA, Rodrigo Pereira; MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. A tutela inibitória no processo administrativo antitruste brasileiro (Lei nº 12.529/2011). **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 265-287, out./dez. 2014.

³²⁷ MARQUES, Elmer da Silva. **Da antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública**: principais tópicos sobre sua concessão e efetivação. Londrina, 2006. 182 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Estadual de Londrina.

necessidade de prevenção, derivada, sobretudo, da inadequação da tutela do tipo repressivo para algumas situações de direito material”.³²⁸ E também porque negar aplicação à tutela contra o ilícito é admitir que os direitos sejam violados e, em razão da natureza de alguns deles, transformar, sem maior constrangimento, o bem jurídico protegido pela norma infringida em simples pecúnia, vez que o ato antijurídico apenas poderá ser reparado (e não prevenido). “Esse cenário, entretanto, está muito distante das Constituições fundadas na dignidade do homem e preocupadas em propiciar a sua inserção em uma sociedade justa”, conforme alerta Marinoni.³²⁹ Nesse sentido, negar aplicação à tutela contra o ilícito é, em última análise, negar aplicação a Constituições que, assim com a brasileira de 1988, têm sua razão de ser na proteção e na promoção máxima da dignidade dos cidadãos – fenômeno esse que seria absolutamente incompatível com o regime jurídico da Administração Pública brasileira.³³⁰

Apesar disso, ainda não se vê uma teorização relativa à *utilização da tutela contra o ilícito como forma de instrumentalizar a responsabilidade civil do Estado preventiva*. E, portanto, é exatamente isso o que se pretende desenvolver nesse tópico final.

A utilização da tutela contra o ilícito como meio de concretizar a responsabilidade civil preventiva poderia por si só gerar alguma estranheza, tendo em vista que uma das principais premissas da natureza jurídica da tutela contra o ilícito é sua absoluta independência em relação ao dano – o qual, como explicado no tópico 3.1., ao contrário do que difundem alguns autores, não deixa de ser objeto da responsabilidade civil preventiva, sendo apenas encarado de outra forma (com o objetivo de evitá-lo).

Como visto no tópico 1.1., a responsabilidade civil do Estado tradicional requer a configuração de um dano (além de uma ação ou omissão estatal e do nexo de causalidade entre esses dois fatores). A responsabilidade preventiva, por outro lado, objetiva precaver o dano. Isso, porém, não obsta a utilização da tutela contra o ilícito como ferramenta para sua instrumentalização, já que inibindo ou removendo os efeitos de sua ilicitude estar-se-á

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 53.

³²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 57.

³³⁰ Como demonstra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o regime jurídico-administrativo desenhado pela Constituição Federal de 1988 é inteiramente direcionado à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o que se constata pela simples existência de alguns institutos jusadministrativos. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013.

minando qualquer possibilidade, antes existente, de geração de um dano a partir dessa conduta estatal antijurídica.

Nesse sentido, em que pese a tutela contra o ilícito não ser o mesmo que uma tutela contra a probabilidade de dano,³³¹ não se pode negar que “remover o ilícito é secar a fonte dos danos”.³³² Desse modo, as ações em que se requer uma tutela inibitória ou de remoção terão o objetivo último de prevenir a ocorrência de danos. Embora em teoria o fim pretendido pela tutela inibitória seja a prevenção do *ilícito*, na prática, portanto, essa forma de tutela também pode ser usada como meio de prevenir danos, inclusive porque atitudes antijurídicas frequentemente geram lesões.

Existe uma série de doutrinadores nessa linha que defendem expressamente que o objetivo final das tutelas com função preventiva (grupo dentro do qual se enquadra a tutela contra o ilícito) não é simplesmente a prevenção do cometimento de um ato antijurídico em si, mas, sim, algo maior: evitar um evento lesivo.³³³ Sérgio Cruz Arenhart é um desses autores ao afirmar que “a inibitória não se preocupa com o dano, senão para evitar que ele (como consequência do ilícito) venha a ocorrer”.³³⁴

Nada impede que sejam propostas, concomitantemente, duas ações, uma com cunho inibitório ou de remoção (para impedir novas violações ao Direito ou remover os efeitos daquelas já realizadas) e outra ressarcitória (para reparar os danos que eventualmente já tenham sido produzidos). É possível, também, que esses dois pedidos (de inibição/remoção e de ressarcimento) sejam feitos em uma mesma ação. Nessa hipótese, porém, a tutela contra o ilícito perderá boa parte de sua utilidade e relevância, pois o processo poderá ser

³³¹ “A tutela contra a probabilidade de ilícito não é apenas a tutela contra a probabilidade do ilícito danoso, embora o dano costumeiramente aconteça no instante da violação do direito. Se da revisão do conceito de ilícito exsurge indiscutível a importância da distinção entre ato contrário ao direito e dano para efeito de tutela civil dos direitos, não há qualquer razão para pensar que tutela contra o ilícito futuro é necessariamente tutela contra a probabilidade de dano.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção** – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 25.

³³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção** – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 59.

³³³ É o caso de Giorgetta Basilio em: BASILICO, Giorgetta. **La tutela civile preventiva**. Milano: Giuffrè Editore, 2013. p. 6.

³³⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 155.

submetido a complexos procedimentos probatórios necessários para a demonstração e quantificação do dano sobre o qual se requer o ressarcimento.³³⁵

No âmbito do Direito Administrativo, além da cláusula geral disposta no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil alguns outros dispositivos demonstram a viabilidade de utilização da tutela contra o ilícito como forma de instrumentalizar a responsabilidade civil do Estado em determinados casos específicos.

A Lei da Ação Civil Pública, por exemplo, em seu art. 11,³³⁶ indica uma dessas possibilidades de utilização da tutela contra o ilícito. Ainda que aluda apenas a “cessação da atividade nociva” – o que faz parecer que admitiria apenas a tutela inibitória voltada contra a prática de um ato ilícito –, é claro que essa norma deve ser interpretada de maneira ampla, de modo a abarcar também as tutelas voltadas contra a repetição, a continuação e a remoção do ilícito. Mas, além disso, o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor não faz qualquer restrição dessa natureza, o que acaba definitivamente com esse problema, sendo incontestável a possibilidade de uma “*ação coletiva contra o ilícito*”, seja em qual modalidade for.³³⁷ O mais interessante é perceber que, através disso, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista) e as associações civis constituídas há mais de um ano estarão legitimadas a ajuizar ações civis públicas com pedido de tutela inibitória ou de remoção de ilícito, com o objetivo final de que violações a direitos difusos e coletivos ou a honra e a dignidade dos cidadãos, por exemplo, sejam prevenidas – e os danos, assim, evitados.

Ainda poderia ser citado o caso do Mandado de Segurança preventivo, previsto na Lei nº 12.016/09 como instrumento para proteção de direitos líquidos e certos sobre os quais haja justo receito de violação por parte de alguma autoridade pública. Como ensinam Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, “o mandado de

³³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 111-112.

³³⁶ **Lei nº 7.347/85. Art. 11.** Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito: inibitória e de remoção** – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 96.

segurança constitui ação idônea para obtenção de tutela inibitória. O mesmo vale para a tutela de remoção do ilícito. O mandado de segurança permite a remoção da causa ou dos efeitos do ato ilícito”.³³⁸

Além da via judicial, a tutela contra o ilícito pode ser pleiteada e efetivada também na via administrativa. Em *primeiro lugar* porque o Código de Processo Civil, em seu art. 15, prevê a aplicação subsidiária de suas normas aos processos administrativos.³³⁹ Assim, por não possuir qualquer vedação contra isso na Lei nº 9.784/99, o art. 497, parágrafo único, do diploma processual civil pode ser facilmente sem aplicado em processos administrativos. Ricardo Marcondes Martins é expresso na defesa da existência de tutelas administrativas contra o ilícito (tanto inibitórias, como de remoção). Em suas palavras, “havendo justificado receio de que o ato [administrativo] inválido seja editado ou de que não seja editado o ato exigido pelo sistema jurídico, o administrado ou o Ministério Público podem pleitear, administrativa ou judicialmente, a *tutela preventiva contra a prática do ilícito*.”³⁴⁰

E, em *segundo lugar*, porque, como explicado no tópico 3.2., a responsabilidade civil do Estado preventiva, quando bem aplicada, satisfará tanto o interesse primário, como o secundário da Administração Pública. Dessa forma, não há razões para que o Poder Público veja a tutela contra o ilícito como algo prejudicial para ele.³⁴¹ A bem da verdade, a Fazenda Pública de um modo geral precisa abandonar a lógica de contraposição contra os cidadãos que lhe requerem alguma diligência, admitindo que, tantas vezes, o melhor a fazer é conceder o pedido administrativamente, evitando um conflito judicial.³⁴²

³³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 773-774.

³³⁹ **Código de Processo Civil** (Lei nº 13.105/15). Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

³⁴⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 578.

³⁴¹ Como pontua Marinoni, tratando da utilização da tutela contra o ilícito no Direito Ambiental, “se o Estado-Administração também tem o dever de zelar pelo meio ambiente, ele deveria ficar agradecido ao cidadão que, exercendo a ação por intermédio das associações legitimadas, aponta a omissão que deve ser suprida para que o meio ambiente não seja degradado”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 106-107.

³⁴² Nesse sentido: HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: Luiz Alberto Blanchet; Daniel Wunder Hachem; Ana Claudia Santano (Org.). **Estado, Direito e Políticas Públicas**: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 234-235.

Diversas hipóteses concretas de responsabilização civil preventiva do Estado através da tutela contra o ilícito podem ser imaginadas. José Carlos Barbosa Moreira, por exemplo, já há muito tempo ressaltava que o papel da jurisdição no tocante à garantia de que os serviços públicos prestados pela Administração ou por suas concessionárias funcionem com regularidade e eficiência é necessariamente o de “prevenir ofensas a tais interesses [públicos], ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição, nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia”.³⁴³

Na Itália, Vittorino Pietrobbon chega a comentar sobre um caso em que os juízes acolheram o pedido de pais que haviam decidido por deixar seus filhos sem aulas de instrução religiosa e, assim, determinaram que a escola se abstivesse de aplicar-lhes os testes através dos quais se cobrava a matéria de ensino religioso. Utilizou-se, para isso, uma tutela inibitória, voltada a impedir a prática de um ato violador ao direito à liberdade religiosa daquela família.³⁴⁴ Caso a tutela preventiva não tivesse sido deferida, as crianças teriam sido obrigadas a participar de aulas e ser examinadas através de testes que, por algum motivo, consideravam que violavam sua consciência religiosa. Assim, inclusive estariam legitimados a ingressar com ações indenizatórias contra o Estado, em razão dos danos de ordem moral e psíquica que certamente teriam sofrido se houvessem sido expostos a essa situação.

Até mesmo nas ações judiciais movidas contra a Administração Pública com requerimento de alguma prestação fática relacionada a um direito fundamental social (que se tornaram tão comuns nos últimos anos) pode-se considerar que o pedido final possui forma de tutela contra o ilícito.³⁴⁵

³⁴³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 19, p. 117-126, 1979. p. 121.

³⁴⁴ PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fatto illecito**: inibitoria e risarcimento. Padova: CEDAM, 1998. p. 11.

³⁴⁵ É essa a tese defendida por Liana Cirne Lins em sua tese de doutoramento: LINS, Liana Cirne. **Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela inibitória coletiva das omissões administrativas**. Recife, 2007. 303 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco. p. 253-280.

É verdade que nesses casos há quem defenda que o processo se trate de uma simples ação relativa a uma obrigação de fazer e não a uma tutela inibitória.³⁴⁶ No entanto, com base nas lições de Marinoni é possível afirmar o contrário. Se um processo, como por exemplo uma ação judicial para obtenção de medicamento previsto na lista do SUS, serve para permitir a obtenção de tutela que resguarde o direito à saúde dos cidadãos e se o Poder Público tem o dever legal ou constitucional de conceder o medicamento pleiteado, “é evidente que a ação processual, ao tomar em consideração este dever, objetiva fazer atuar uma norma de conteúdo preventivo e, assim, visa evitar que uma omissão ilícita se perpetua como fonte de danos”. Nesse sentido, no caso em que uma decisão judicial determine a concessão de um medicamento essencial para a preservação do bem-estar saudável de uma pessoa – ou seja, para que ela não sofra graves danos à sua saúde ou, até mesmo, à sua vida em decorrência da não utilização desse fármaco – “não há dúvida de que esta tutela jurisdicional determina o adimplemento de um dever, mas isso ocorre para que a norma de proteção ao direito fundamental deixe de ser violada pela omissão continuada da Administração”.³⁴⁷

É claro que a excessiva judicialização da saúde se tornou um grave problema do Direito Administrativo e Constitucional brasileiro,³⁴⁸ o que inclusive faz com que seja difícil enxergar, hoje, uma lógica preventiva nessas ações. No entanto, a chave para a compreensão desse raciocínio está na aceitação acerca da diferenciação entre as categorias de dano e ilicitude, que foi detalhadamente exposta no tópico 1.3. A decisão (ou a omissão) administrativa de não conceder um medicamento requerido por um cidadão necessitado é um ato antijurídico (partindo-se de pressuposto, lógico, de que a Administração tinha o dever de conceder aquele fármaco) que não se exaure em um instante. Pelo contrário, ele se perpetua no tempo, fazendo com que, enquanto perdurar essa omissão, o cidadão requerente fique exposto a seus efeitos. Isto é, que tenha a sua saúde violada – ou, ao menos, ameaçada de ser violada. Nesse contexto, a decisão que impusesse ao Estado a

³⁴⁶ É o caso de Eduardo Talamini: TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 232 e ss.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 108.

³⁴⁸ Sobre os efeitos negativos práticos dessa excessiva judicialização da saúde, ver a análise empírica realizada sobre a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em: FARIA, Luzardo. Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre direito à saúde. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 366-341, jan./jun. 2015.

obrigação de conceder o medicamento pleiteado estaria concedendo, em última análise, uma tutela contra a continuação da omissão antijurídica da Administração Pública.

E, nesse passo, estaria contribuindo para prevenir uma possível futura responsabilização civil do Estado, já que, como defende Daniel Wunder Hachem, é possível a responsabilidade civil do Estado por omissão quando o silêncio administrativo vilipendia direitos fundamentais sociais.³⁴⁹ O problema, porém, é que a condenação nessa hipótese viria na forma de indenização pecuniária. Entretanto, não há dinheiro no mundo capaz de substituir a dor de uma família que perde um ente querido porque o Estado se negou a lhe conceder o medicamento que necessitava. Mais do que nunca, em casos como esses se faz necessária a constrição judicial para uma atuação preventiva da Administração Pública.

Pode-se pensar também em alguns casos específicos, ocorridos recentemente no Brasil, cujos graves danos que geraram poderiam ter sido evitados através da utilização da tutela contra o ilícito.

Em abril de 2016 uma ciclovia construída em uma ponte na Avenida Niemayer no Rio de Janeiro desabou após sofrer o impacto de uma onda vinda do mar agitado, deixando dois mortos e mais alguns feridos.³⁵⁰ Em razão da gravidade do caso o Ministério Público apresentou denúncia criminal (por homicídio culposo) contra 14 envolvidos no caso, a qual já foi recebida pelo juízo da 32ª Vara Criminal do Rio de Janeiro sob o argumento de que “os denunciados tiveram algum tipo de atuação na referida obra, seja na confecção do projeto básico, seja na confecção do projeto executivo ou na fiscalização da obra, cuja atuação ou omissão representariam a inobservância do cuidado objetivo manifestada através da imprudência, negligência ou imperícia.”³⁵¹

Ocorre que seis meses antes da inauguração da referida ponte (que foi construída para os Jogos Olímpicos de 2016) um relatório do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro já havia apontado algumas falhas no projeto de construção e execução da obra,

³⁴⁹ Nesse sentido: HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 12, n. 1, p. 285-328, jan./jun. 2014.

³⁵⁰ Para mais informações sobre o caso, ver: G1. “**Vídeo mostra momento em que ciclovia desaba na Av. Niemeyer, Rio**”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/video-mostra-momento-em-que-ciclovias-desaba-no-rio.html>>. Acesso em 25 de outubro de 2016.

³⁵¹ G1. “**Justiça aceita denúncia contra 14 acusados por queda de ciclovia**”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/07/justica-aceita-denuncia-contra-14-acusados-por-queda-de-ciclovias.html>>. Acesso em 25 de outubro de 2016.

como algumas trincas e depressões na pista da ciclovia.³⁵² Além disso, após a tragédia alguns outros estudos foram feitos e também comprovaram que houve falhas no projeto básico da ciclovia, que não previu devidamente a força das ondas que impactariam a obra constantemente.³⁵³ Segundo o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Rio de Janeiro (CREA/RJ), “a principal falha de projeto foi a ausência de estudos oceanográficos, já que só foram previstas ondas de até 2,5 metros, que poderiam atingir somente os pilares da ciclovia e não o tabuleiro, como o que aconteceu no dia do acidente.”³⁵⁴

Nesse caso, além da responsabilização criminal dos responsáveis pela construção da obra, é evidente que o Município do Rio de Janeiro também é civilmente responsável pelos danos que causou às famílias das vítimas. O conflito, porém, nem precisou chegar ao Judiciário. Apenas dois dias após o acidente o Prefeito Municipal já informou que estava negociando extrajudicialmente uma indenização com essas famílias.³⁵⁵

Tudo isso poderia ter sido evitado caso se tivesse buscado impedir a realização da obra com essas falhas no projeto básico – o que poderia ter sido feito através de uma tutela contra o ilícito. Lembre-se que no Direito Ambiental já é comum que “havendo descompasso entre a decisão administrativa de conceder o licenciamento [...] a alguém e a finalidade da norma de preservar e conservar o meio ambiente”, seja utilizada a tutela inibitória para que não se permita a concessão da licença pleiteada pelo particular.³⁵⁶ De modo semelhante, no caso da ciclovia do Rio de Janeiro uma tutela inibitória poderia ter sido manejada pelo Ministério Público, por exemplo, uma vez que pode ser considerada antijurídica a atitude do Município de autorizar e proceder com a construção da obra sendo que havia tantas falhas no projeto básico.

³⁵² G1. “TCM já havia apontado falhas em ciclovia que teve queda no Rio”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/tcm-ja-havia-apontado-falhas-em-ciclovias-que-teve-queda-no-rio.html>>. Acesso em 25 de outubro de 2016.

³⁵³ G1. “Especialista diz que projeto básico de ciclovia não previu força das ondas”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/especialista-diz-que-projeto-basico-de-ciclovias-nao-previu-forca-das-ondas.html>>. Acesso em 25 de outubro de 2016.

³⁵⁴ G1. “Crea-RJ termina relatório e aponta falhas em projeto de ciclovia que caiu”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/crea-rj-termina-relatorio-e-aponta-falhas-em-projeto-de-ciclovias-que-caiu.html>>. Acesso em 25 de outubro de 2016.

³⁵⁵ G1. “Prefeitura vai ressarcir famílias de vítimas de queda da ciclovia, diz Paes”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/04/paes-anuncia-que-vai-ressarcir-familias-de-vitimas-de-queda-da-ciclovias.html>>. Acesso em 25 de outubro de 2016.

³⁵⁶ STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental: a prevenção do ilícito**. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 106.

Outro exemplo sintomático em que a utilização de uma tutela contra o ilícito poderia ter prevenido a ocorrência de danos catastróficos é o caso do rompimento da barragem de rejeitos de mineração controlado pela Samarco Mineração S.A., ocorrida em novembro de 2015, próximo ao Município de Mariana, em Minas Gerais. Os números da tragédia são impressionantes: 35 milhões de metros cúbicos de lama de rejeitos de minérios vazaram com o rompimento da barragem, 17 pessoas morreram, 11 toneladas de peixe foram mortos em Minas Gerais e no Espírito Santo em razão da poluição causada pela lama, 82% das edificações do Município vizinho Bento Rodrigues foram destruídas, 329 famílias ficaram desabrigadas, 1,5 mil hectares de vegetação destruídos pela lama, etc.³⁵⁷

O rompimento da barragem de Mariana foi considerado a maior tragédia ambiental da história do país, fazendo com que 22 pessoas e quatro empresas fossem denunciadas criminalmente pelo Ministério Público Federal.³⁵⁸ O inquérito realizado pela Polícia Federal apurou que houve problemas na construção e falhas graves de manutenção e controle da barragem, que deixou de ter seus materiais trocados com a frequência necessária.³⁵⁹ Além disso, já em 2014 um dos engenheiros responsáveis pela construção da barragem havia informado à empresa que a obra estava trincando, no que foi absolutamente ignorado.³⁶⁰

Embora, ao que parece, o Poder Público não tivesse conhecimento dessas irregularidades, isso não é motivo para desconsiderar o fato de que, se houvesse sido realizado um controle mais efetivo, por parte do Poder Concedente, sobre a execução da extração daquela jazida de minério ou, ainda, que alguém tivesse reportado isso às autoridades competentes, os danos poderiam ter sido evitados. Com efeito, uma tutela inibitória poderia obrigar a Samarco a realizar a manutenção dos equipamentos que

³⁵⁷ G1. “**Rompimento de barragens da Samarco, em Mariana, completa um mês**”. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/minas-gerais/2015/desastre-ambiental-em-mariana/1-mes-em-numeros/>>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

³⁵⁸ G1. “**MPF denuncia 26 pessoas por rompimento da barragem da Samarco**”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/10/mpf-denuncia-26-pessoas-por-rompimento-da-barragem-da-samarco.html>>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

³⁵⁹ AGÊNCIA BRASIL. “**Peritos reforçam alerta sobre falhas na fiscalização e manutenção das barragens**”. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-01/para-abrir-sabadoperitos-reforcam-alerta-sobre-falhas-na-fiscalizacao-e>>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

³⁶⁰ G1. “**Engenheiro diz que alertou Samarco sobre trinca na barragem de Fundão**”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/01/mp-investiga-obras-nao-autorizadas-na-barragem-de-fundao-em-mariana.html>>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

sustentavam a barragem ou a reparar as falhas que já despertavam na construção, por exemplo.

O problema, nessa situação, vai muito além do dinheiro que deverá ser despendido com indenizações. No caso da Samarco, principalmente, os danos causados pelo rompimento da barragem são absolutamente incalculáveis. Não são só as famílias das vítimas mortas que sofreram algum tipo de lesão. Foram cidades inteiras destruídas, rios que se tornaram mortíferos para peixes, sem dizer na fauna e na flora que foram aniquiladas para muito além da região de Mariana.

Com esses exemplos e com as premissas teóricas expostas acima, torna-se clara a possibilidade de utilização da tutela inibitória como meio de instrumentalizar a responsabilidade civil do Estado preventiva, ao passo que, impondo obrigações de fazer ou de não fazer ao Poder Público ou aos seus parceiros privados que lhe façam as vezes, inibe a prática, repetição e continuação de um ilícito ou remove seus feitos, fazendo, em última análise, que danos sejam evitados.

CONCLUSÃO

“– Mais comment faire? Comment faire évoluer notre théorie générale et notre droit de la responsabilité vers une prise en compte de l’avenir, vers une prévention, une anticipation des dommages?”

*– Souvien-toi, ta première question était ‘pourquoi cette évolution?’ La question des moyens, c’est l’étape suivante, ouverte sur l’imagination de la doctrine quant aux fondements de la responsabilité, sur l’inventivité, tant de fois démontrée des juges, quant à son régime, et sur l’audace du législateur... Tout nous y invite: la pression du droit international et communautaire, l’urgence de notre actualité, notre désir croissant de qualité de l’environnement, de la santé, de l’alimentation, notre ressenti grandissant que nous sommes solidaires dans et de cette planète.”**

Catherine Thibierge

Apesar de todas as etapas evolutivas já vivenciadas pela responsabilidade civil do Estado, esse instituto sempre considerou o dano como sua categoria essencial. Dessa forma, o presente trabalho nunca tentou se afastar dessa premissa, mas buscou, em seu desenvolvimento, demonstrar a possibilidade de a responsabilidade civil do Estado ser utilizada para outros fins que não apenas a reparação de danos.

Além disso, demonstrou-se que o atual sistema de responsabilização civil do Estado – além de ter sido levado, em razão de suas próprias estruturas, a uma crise caótica – não se adequa às necessidades sociais contemporâneas, o que reforça ainda mais a exigência de uma adaptação desse instituto.

Assim, após todas as considerações e proposições realizadas ao longo do trabalho, chegou-se à conclusão de que a teoria da responsabilidade civil do Estado pode e deve ser aplicada ao Direito Administrativo, com base nas seguintes premissas:

* “– Mas como fazer? Como fazer para evoluir nossa teoria e nosso Direito geral de responsabilidade civil para uma reflexão sobre o futuro, para uma prevenção, para uma antecipação de danos? – Lembre-se, sua primeira pergunta foi ‘por que essa evolução?’ A questão dos meios é a etapa seguinte, aberta à imaginação da doutrina sobre os fundamentos da responsabilidade, a criatividade, tantas vezes demonstrada pelos juízes, sobre seu regime, e a audácia do legislador... Tudo nos convida: a pressão do direito internacional e comunitário, a urgência da contemporaneidade, o nosso desejo crescente de qualidade de meio ambiente, de saúde, de alimentação, nosso sentimento cada vez maior de que somos solidários neste e deste planeta” THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l’évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité?). **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, vol. 89, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999. p. 581. Tradução livre.

(i) O fato de a responsabilidade civil do Estado ser objetiva, direta, por ação ou omissão, por ato lícito ou ilícito e ainda ser subsidiária à responsabilidade das empresas prestadoras de serviços públicos constitui-se – ao menos na teoria – como uma tentativa de se facilitar a reparação dos danos causados a terceiros. Trata-se de um regime mais benéfico aos cidadãos do que à própria Administração. A razão para isso reside na característica mais essencial do regime jurídico-administrativo: a relação proporcional entre prerrogativas e sujeições. Assim, se o Estado goza de tantas prerrogativas jurídicas para atingir seus objetivos, é razoável que esteja ele sujeito a um *regime de responsabilidade mais rígido* (como de certo modo já ocorre atualmente), o qual inclusive o possibilite ser impellido a tomar providências destinadas a evitar a geração de danos e, assim, respeitar os direitos dos cidadãos em sua origem.

(ii) O desenvolvimento histórico da responsabilidade civil do Estado mostrou a *capacidade de evolução* desse instituto. De um início no qual o Estado era considerado irresponsável, em razão das características supremas de seu regente, até a configuração atual, em que sequer a culpa ou o dolo do agente público precisam ser provados para tornar possível a condenação, diversas foram as transformações vivenciadas nessa matéria. Algumas, aliás, talvez tão impactantes quanto a proposta nesse trabalho (lembre-se, nesse ponto, da verdadeira revolução que foi admitir a responsabilidade anônima do Poder Pública – em detrimento da responsabilização dos servidores causadores do dano – ou abandonar a culpa e o dolo como pressupostos da responsabilização, por exemplo). Assim, existe espaço para a realização de mais uma evolução, dessa vez relacionada ao modo como o dano deve ser encarado dentro da equação da responsabilidade civil.

(iii) Ser juridicamente responsável significa muito mais do que simplesmente indenizar os danos que causa. Em sua origem, a noção de responsabilidade jurídica está relacionada ao *dever de responder pelas consequências de seus atos*. Nesse caso, não há incoerência em se defender uma responsabilidade preventiva do Estado, uma vez que, através dela, o Poder Público simplesmente estará respondendo antecipadamente por seus atos antijurídicos que, se não corrigidos, poderão vir a causar danos a terceiros.

(iv) As noções de responsabilidade, dano, ilicitude e dolo ou culpa, apesar de serem frequentemente estudadas em conjunto (o que gera uma confusão a respeito de sua pretensa unicidade), *são independentes entre si*. Assim, do mesmo modo como já se admite a

responsabilidade civil do Estado por atos lícitos ou sem a presença do elemento subjetivo de dolo ou culpa, é também possível a construção de uma responsabilidade civil do Estado que seja voltada não só à reparação dos danos, mas também à sua prevenção.

(v) O atual modelo de responsabilização civil do Estado não é capaz de tutelar adequadamente os direitos dos cidadãos, por pelo menos três motivos: (v.1) os recursos públicos são escassos e as demandas sociais cada vez mais complexas, o que gera um cenário de severa limitação financeira por parte do Poder Público no Brasil. Alguns autores, partindo dessa constatação, tentam utilizar a *reserva do financeiramente possível como fator excludente da responsabilidade civil do Estado por omissão*; (v.2) o *regime de precatórios*, através do qual as dívidas judiciais da Fazenda Pública são quitadas no Brasil, faz com que os cidadãos, mesmo após terem duramente vencido uma batalha judicial contra o Estado, recebam suas devidas indenizações apenas longos após a ocorrência do evento danoso; (v.3) a sociedade contemporânea vive constantemente exposta a intensos riscos, mais graves e complexos do que os enfrentados quando do desenvolvimento da responsabilidade civil tradicional. Além disso, esses riscos estão ligados a direitos mais recentemente incorporados na ordem jurídico-constitucional pátria, os quais, por sua *natureza extrapatrimonial e/ou transindividual*, não conseguem ser contabilizados monetariamente, o que impede uma adequada reparação dos danos a eles causados através da técnica do ressarcimento pecuniário.

(vi) A dogmática da responsabilidade civil já reconheceu a necessidade de prevenção de danos, utilizando, assim, em suas condenações indenizatórias, a técnica dos *punitive damages* para coagir o agressor – e, segundo alguns autores, também terceiros – a não mais realizar aquela conduta lesiva. No entanto, além desse aspecto preventivo das indenizações ser algo *pouco impactante*, vez que secundário, na responsabilidade civil do Estado isso possui ainda menos repercussão, já que *o Poder Público não sente a coação dessas sanções* como os particulares. Desse modo, é urgente a necessidade de instituição de um modelo de responsabilização civil do Estado que seja essencialmente preventivo.

(vii) A teoria da responsabilidade civil do Estado preventiva não abandona por completo a noção de dano. A chave para uma correta compreensão da proposta aqui difundida, portanto, está em perceber que nesse novo paradigma o dano permanece fazendo parte das preocupações do instituto da responsabilização civil, mas *apenas é analisado por*

um viés diferente. O dano sempre foi enxergado pelos retrovisores da responsabilidade civil do Estado, sendo apenas analisado quando já tivesse ocorrido e impactado a esfera jurídica de alguém. O que se propõe aqui, portanto, é que possa ser observado através do vidro dianteiro, para que, assim, o Estado possa tomar as medidas necessárias para se afastar do caminho que levaria à ocorrência daquela lesão.

(viii) Ainda que alguns autores não concordem com a premissa anterior, isso não é motivo para desconsiderar as importantes contribuições trazidas pela teoria da responsabilidade civil preventiva. Não é simplesmente porque se considera a prevenção de danos incompatível com o instituto denominado de “responsabilidade civil” que se deve abandonar a perseguição desse dever preventivo. Afinal, no Direito *pouco importa o nome que se dá às coisas, mas, sim, o seu conteúdo*. Assim, caso se queira denominar de outro modo o instituto aqui proposto, não há problemas, desde que não se perca o espírito daquilo que se defendeu no trabalho: já está mais do que na hora de o Estado poder ser judicial ou administrativamente constrangido a adotar medidas voltadas à prevenção de danos.

(ix) A prevenção de danos contribui para o *atingimento do interesse primário e secundário* de uma Administração Pública que se pretenda socialmente inclusiva, uma vez que, ao mesmo tempo em que evita que o Estado despenda seus escassos recursos financeiros com indenizações decorrentes de ações de responsabilização civil, permite que os cidadãos sequer tenham os direitos violados, cumprindo, assim, sua tarefa de proteção e promoção dos valores constitucionais.

(x) A responsabilidade civil do Estado preventiva pode ser concretizada através da *tutela contra o ilícito*, instrumento previsto no art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil, posto que ao se impor ao Poder Público obrigações de fazer ou de não fazer que corrijam a antijuridicidade de determinada conduta estatal, está-se evitando que dessa ação ou omissão antijurídica decorram danos às esferas jurídicas dos cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José da. **Da responsabilidade civil**. v. I. 11. ed. Atual. por Rui Belford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C (Org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. 7. reimp. São Paulo: Ática, 2006.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, vol. 3, n. 6, p. 89-103, jan./mar. 2016.

ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. t. I. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ARAÚJO, Fernando Borges Correia de. **Análise Económica do Direito: Programa e Guia de Estudo**. Coimbra: Livraria Almedina, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. In: Rodrigo Pironti. (Org.). **Lei de Responsabilidade Fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar nº 101/00**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BALBÍN, Carlos F. Un Derecho Administrativo para la inclusión social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 33-59, out./dez. 2014.

BASILICO, Giorgetta. **La tutela civile preventiva**. Milano: Giuffrè Editore, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014.

BEZNOS, Clóvis. Responsabilidade Extracontratual das Pessoas Privadas Prestadoras de Serviços Públicos. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado**: Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 213-244, jan./mar. 2014.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOUTONNET, Mathilde. L'influence du principe de précaution sur la responsabilité civil en droit français: un bilan en demi-teinte. **McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy**, Montreal, vol. 10, n. 1, p. 11-38, jan./dec. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes no Recurso Especial nº 78.301/BA. **Rel. Min. Ari Pargendler**. Primeira Seção. Julgado em 11/12/1996. DJ 28/04/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4357. Rel. Min. Ayres Britto. **Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux**. Tribunal Pleno. Julgado em 14/03/2013. DJe 25/09/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Intervenção Federal nº 506. **Rel. Min. Maurício Corrêa**. Tribunal Pleno. Julgado em 05/05/2004. DJ 25/06/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF. **Rel. Min. Celso de Mello**. Tribunal Pleno. Julgado em 29/04/2004. DJ. 04/05/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4425. **Rel. Min. Luiz Fux**. Tribunal Pleno. Julgado em 25/03/2015. DJe 03/08/2015.

CALABRESI, Guido. **El coste de los Accidentes**: Análisis Económico y Jurídico de la Responsabilidad civil. Trad. Joaquín Bisbal. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, vol. 14, p. 371-388, jan./dez. 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A responsabilidade civil das pessoas de Direito Privado prestadoras de serviço público. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Luís Fernando de Lima. **As funções da responsabilidade civil**: as indenizações pecuniárias e a adoção de outros meios reparatórios. São Paulo, 2013. 255 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015

CASTRO, José Nilo de; RODRIGUES, Tais Erthal; REIS, Luciana Andrade. Precatórios: sequestro dos recursos financeiros da entidade devedora: possibilidade restrita aos casos estabelecidos no art. 100, §2º, da CR/88 e art. 78, §4º, do ADCT: necessidade de observância a tais hipóteses, a fim de se evitar a decretação da medida constritiva. **Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM**, Belo Horizonte, ano 7, n. 20, p. 157-170, abr./jun. 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALIARI FILHO, Sérgio. Responsabilidade Civil Constitucional. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 52-58, jul./set. 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. I. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 107-125, jan./mar. 2012.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo”: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 49-73, jan./mar. 2013.

COSTA, José Eduardo da. Responsabilidade Civil do Estado por Atos de Concessionários de Serviço público. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CRETELLA JR., José. Direito administrativo inglês. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, vol. 25, n. 99, p. 69-90, jul./set. 1988.

CRETELLA JR., José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Execução contra a Fazenda Pública: regime de precatório**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

DEL MASTRO, André Menezes. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, vol. 110, p. 765-817, 2015.

DELGADO, José Augusto. Execução de quantia certa contra a Fazenda Pública. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 15, n. 57, p.13-23. jan./mar. 1990.

DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 7-32, set./dez. 2014.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ELSTER, Jon. **Local justice: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens**. New York: Russel Sage Foundation, 1992.

FARIA, Luzardo. Da judicialização dos direitos sociais à necessidade de respeito administrativo aos precedentes judiciais: uma análise empírica da jurisprudência do TRF4 sobre direito à saúde. **Revista Digital de Direito Administrativo**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 366-341, jan./jun. 2015.

FARIA, Luzardo. Suspensão do fornecimento de serviço público essencial por inadimplemento do usuário: o interesse público entre eficiência e dignidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coords.). **Eficiência e Ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015.

FERREIRA, Keila Pacheco; BIZELLI, Rafael Ferreira. A cláusula geral de tutela da pessoa humana: enfoque específico no dano existencial, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, vol. 54, p. 11-43, abr./jun. 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Daniel Castanha de. A responsabilidade civil do Estado por atos lícitos como resposta à aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, vol. 13, n. 144, p. 13-26, fev. 2013.

FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado**: Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GABARDO, Emerson. Responsabilidade objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé. In: FERRAZ Luciano; MOTTA Fabrício (Org.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GABARDO, Emerson; CASEMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. Uma análise econômica do direito à moradia. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul, vol. 4, n. 11, p. 53-74, maio/ago. 2015.

GABARDO, Emerson. Understanding Brazilian Administrative Law, the Related Literature, and Education: A Comparison with the System in the United States. **Vienna Journal on International Constitutional Law**, Viena, vol. 9, n. 3, p. 371-397, jul./sep. 2015.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAROUPA, Nuno. Combinar a Economia e o Direito: a Análise Econômica do Direito. **Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas**, Campo Grande, vol. 1, n. 1, p. 1-12, jan./jun. 2009.

GOMES, Orlando. A evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 121-134, maio 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano**: da lógica reparatória à lógica inibitória. Curitiba, 2015. 302 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de Não-Incidência de Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado**: Desafios Contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GUIMARÃES, Guilherme Cintra. O direito administrativo e a reforma do aparelho do Estado: uma visão autopoietica. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O novo direito administrativo brasileiro**: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e socioambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A responsabilidade civil do Estado frente às omissões estatais que ensejam violação à dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 59-71, out./dez. 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 40, p. 90-141, ago./out. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. **Estudios Constitucionales**, Santiago, año 12, n. 1, p. 285-328, jan./jun. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 38, abr. /jun. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: Luiz Alberto Blanchet; Daniel Wunder Hachem; Ana Claudia Santano (Org.). **Estado, Direito e Políticas Públicas**: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: Why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Emenda Constitucional nº 62/2009: Estado Democrático de Direito e Responsabilidade Civil do Estado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios**: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Regime jurídico da liquidação das dívidas do Poder Público (precatórios e requisições de pequeno valor). In: MARTINS, Ivens Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords.). **Tratado de Direito Financeiro**. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KLOSS, Eduardo Soto. La responsabilidad extracontractual del estado administrador: um principio general del derecho chileno. **Revista de Derecho Público**, Santiago, vol. 14, n. 21-22, p. 149-156.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 10. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Coords.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. A execução contra a Fazenda Pública: questões polêmicas nos tribunais. **Interesse Público**, Porto Alegre, vol. 5, n. 21, p. 122-140, set./out. 2003.

LINS, Liana Cirne. **Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela inibitória coletiva das omissões administrativas**. Recife, 2007. 303 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco.

LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P.; GENEVOIS, B. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 11. ed. Paris: Dalloz, 1996.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 93, vol. 824, p. 34-60, jun. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela contra o ilícito**: inibitória e de remoção – Art. 497, parágrafo único, CPC/2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *commom law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015.

MARQUES, Elmer da Silva. **Da antecipação da tutela inibitória em face da Fazenda Pública**: principais tópicos sobre sua concessão e efetivação. Londrina, 2006. 182 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Estadual de Londrina.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1726,51045-Breves+anotacoes+acerca+do+conceito+de+ilicitude+no+nCC>>. Acesso em 02/07/2016.

MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice?** Searching for the philosophical foundations of the Economics Analysis of Law. Trad. Deborah Shannon. New York: Springer, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEILÁN GIL, José Luis. El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: una revisión doctrinal. **A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 13-31, out./dez. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILETTI, Antonella. **Tutela inibitoria individuale danno ambientale**. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**. Brasília, ano 51, n. 2, abr./jun. 2000.

MODESTO, Paulo. Responsabilidade civil do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 227, p. 291-308, jan./mar. 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Descumprimento do art. 229 da Constituição Federal e responsabilidade civil: duas hipóteses de danos morais compensáveis. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 117-139, set./dez. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder: sistema de direito político, estudo juspolítico do poder**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, vol. 19, p. 117-126, 1979.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. A tutela inibitória no processo administrativo antitruste brasileiro (Lei nº 12.529/2011). **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 265-287, out./dez. 2014.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; JUSTEN FILHO, Marçal. **Emenda dos precatórios: fundamentos de sua inconstitucionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2012.

NORONHA, Fenando. **Direito das Obrigações**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Precatórios: aspectos administrativos, constitucionais, financeiros e processuais**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. Precatórios: a Emenda n 62/2009 e o devido processo legal. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 57-99, abr./jun. 2011.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O Direito de Regresso do Estado Decorrente do Reconhecimento de Responsabilidade Civil Extracontratual no Exercício da Função Administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: Efetividade Frente à Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo: o Judiciário como superego. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 177-206, jul./set. 2012.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **Reserva do Possível: Judicialização de Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PESTANA, Márco. Responsabilidade Civil do Estado por Danos Provocados por Concessionários em Parcerias Público-Privadas. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 13-33, abr./jun. 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O Direito Administrativo Brasileiro Sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nº. 8, nov./jan. 2006/2007.

PIETROBON, Vittorino. **Illecito e fato illecito: inibitoria e risarcimento**. Padova: CEDAM, 1998.

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade civil do Estado por omissão: na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. LIII. Direito das Obrigações: Fatos ilícitos absolutos. Atos-fatos ilícitos absolutos. Atos ilícitos absolutos. Responsabilidade. Danos causados por animais. Coisas inanimadas e danos. Estado e servidores. Profissionais. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

RAPISARDA, Cristina. **Profili della tutela civile inibitoria**. Padova: CEDAM, 1987.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015.

SACRISTÁN, Estela B. Fundamentos de la responsabilidad del Estado: del Estado de Derecho a una Mayor Solidez. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 13-27, jan./mar. 2015.

SALOMONI, Jorge Luis. La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOLIM, Cesar. Nexo de causalidade e prevenção na responsabilidade civil. **Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 41, n. 4, p. 79-100, out./dez. 2014.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARAIVA, David Emanuel Chiquita. **A tutela preventiva da responsabilidade civil**. Lisboa, 2015. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Nova Lisboa.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Orgs.). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig; Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho *et al.* Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005. Disponível em <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2241>>. Acesso em 17/07/2016.

SEGUÍ, Adela María. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, vol. 13, n. 52, p. 267-318, out./dez. 2004.

SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. v. 1. Reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; COUTO, Mônica Bonetti. Responsabilidade Civil do Estado pelo Atraso no Pagamento de Precatórios. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

STONOGA, Andreza Cristina. **Tutela inibitória ambiental**: a prevenção do ilícito. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 250-276, abr./jun. 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

THIBIERGE, Catherine. Libre propôs sur l'évotuiou du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, vol. 89, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOLEDO JR., Flávio C. de. Questões polêmicas na aplicação do regime especial dos precatórios judiciais. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 108, p. 50-56, dez. 2010.

TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. **Revista de Derecho Privado**, Bogotá, vol. 14, n. 18, p. 205-220, jan./jun. 2010.

VARGAS, Jorge de Oliveira; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. Precatório: moeda ou mero pedaço de papel? **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 7, n. 41, 173-182, set./out. 2009.

VENTURI, Elton. **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoalato. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. Trad. Leônidas Hegenberg e Octávio Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

WEDY, Gabriel. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Particularidades do Arbitramento do Dano Moral na Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). **Responsabilidade civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade patrimonial do Estado**: matriz constitucional, a responsabilidade do Estado por atos legislativos, a obrigatoriedade da prévia indenização e a responsabilidade pessoal do parlamentar. São Paulo: Malheiros, 2010.